http://www.al-ilmiyah.com
info@al-ilmiyah.com
sales@al-ilmiyah.com

الكتاب: الكفاية في شرح الهداية

Title: AL-KIFĀYA FĪ ŠARḤ AL-HIDĀYA

التصنيف: فقه حنفي

Classification: Hanafit jurisprudence

المؤلف: الإمام جلال الدين الكرلاني الخوارزمي الحنفي
(ت ٧٦٧ هـ)

Author: Al-Imam Jalaluddin Al-Karlany
Al-Khawarazmy Al-Hanafi (D. 767 H.)

المحقق: محمد أحمد الحقاني الأفغاني

Editor: Mohammad Ahmad Al-Haqqani Al-Afghani

الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت

Publisher: Dar Al-Kotob Al-ilmiyah - Beirut

Pages (8Vols./8Parts)	4376	عدد الصفحات (٨أجزاء/٨مجلدات)
Size	17 x 24 cm	قياس الصفحات
Year	2019 A.D. - 1441 H.	سنة الطباعة
Printed in	Lebanon	بلد الطباعة لبنان
Edition	1st (2 Colors)	الطبعة الأولى (لونان)

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
Est. by Mohamad Ali Baydoun
1971 Beirut - Lebanon

Aramoun, al-Quebbah,
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Bldg.
Tel : +961 5 804 810/11/12
Fax: +961 5 804813
P.o.Box: 11-9424 Beirut-Lebanon,
Riyad al-Soloh Beirut 1107 2290

عرمون، القبة، مبنى دار الكتب العلمية
هاتف: ٠٠٩٦١ ٥ ٨٠٤٨١٠/١١/١٢
فاكس: ٠٠٩٦١ ٥ ٨٠٤٨١٣
ص.ب: ١١-٩٤٢٤ بيروت-لبنان
رياض الصلح-بيروت ١١٠٧٢٢٩٠

ISBN 978-2-7451-9421-3

الكفاية

في شرح الهداية

تأليف

الإمام جلال الدين بن شمس الدين الكرلاني الخوارزمي الحنفي

المتوفى سنة ٧٦٧هـ

حققها وهذبها وقوم نصوصها وعلق عليها

محمد أحمد الحقاني الأفغاني

ماجستير في العلوم الإسلامية والعربية

تطبع للمرة الأولى محققة ومنقحة عن النسختين المخطوطتين

الجزء السادس

يحتوي هذا الجزء:

الدعوى - الإقرار - الصلح - المضاربة - الوديعة

العارية - الهبة - الإجارات - المكاتب - الولاء

دار الكتب العلمية
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
DKi
أسسها محمد علي بيضون سنة 1971 بيروت - لبنان
Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon
Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban

بسم الله الرحمن الرحيم

كِتَابُ الدَّعْوَى

قَالَ: (الْمُدَّعِي مَنْ لَا يُجْبَرُ عَلَى الْخُصُومَةِ إِذَا تَرَكَهَا وَالْمُدَّعَىٰ عَلَيْهِ

كتاب الدَّعْوى

هي اسم للادِّعاء الذي هو مصدر ادَّعى زيدٌ علىٰ عمرٍو مالاً، فزيد المدعي، وعمرو المدعىٰ عليه، والمال المدَّعىٰ، والمدعى به خطأ، وألفها للتأنيث فلا تنوين، وجمعها دعاوىٰ بفتح الواو لا غيرُ، كفتوى وفتاوىٰ، والدَّعوى في الحرب أن يقول: البأس لفلانٍ، وأمَّا قوله تعالىٰ: ﴿دَعْوَىٰهُمْ فِيهَا سُبْحَانَكَ اللَّهُمَّ﴾ [يونس: ١٠] فمعناها الدعاء، والدعوة بالفتح المدعاة وهي المأدبة، وبالكسر في النسب، وقيل: الدعوى في اللغة قول يقصد به الإنسان إيجاب حقٍّ علىٰ غيره، وقيل: عبارة عن إضافة الشيء إلىٰ نفسه حالة المسالمة والمنازعة، وأمَّا شرعًا فيراد به إضافة الشيء إلىٰ نفسه في حالةٍ مخصوصةٍ وهي حالة المنازعة، ولهذا قال عليه الصلاة والسلام: «البيِّنَةُ عَلَى المُدَّعِي»، وقيل: المدعي لغة من يقصد إيجاب الحقِّ على الغير، إلا أنَّ إطلاق اسم المدعي في عرف اللسان يتناول من لا حجَّة له، ولا يتناول من له حجة فإنَّ القاضي يسميه مدعيًا قبل إقامة البينة، وأمَّا بعد إقامة البينة يسميه محقًّا لا مدعيًا، ويقال لمسيلمة لعنه الله: مدَّعي النبوة، وشرط صحتها مجلس القضاء فالدَّعوى في غير مجلس القضاء لا تصحُّ حتى لا يستحق على المدعى عليه جوابُها، ومن شرائط صحتها أيضًا أن تكون دعوى المدعي على خصمٍ حاضرٍ، وأن يكون المدَّعى شيئًا معلومًا، وأن يتعلق به حكم على المطلوب، ولهذا لو ادَّعى أنه وكيل هذا الخصم الحاضر في أمر من أموره فإنَّ القاضي لا يسمع دعواه هذه إذا أنكر الآخر لأنه

مَنْ يُجْبَرُ عَلَى الخُصُومَةِ) وَمَعْرِفَةُ الفَرْقِ بَيْنَهُمَا مِنْ أَهَمِّ مَا يُبْتَنَىٰ عَلَيْهِ مَسَائِلُ الدَّعْوَىٰ، وَقَدِ اخْتَلَفَتْ عِبَارَاتُ المَشَايِخِ - رَحِمَهُمُ اللهُ - فِيهِ، فَمِنْهَا مَا قَالَ فِي الكِتَابِ وَهُوَ حَدٌّ عَامٌّ صَحِيحٌ. وَقِيلَ المُدَّعِي مَنْ لَا يَسْتَحِقُّ إِلَّا بِحُجَّةٍ كَالْخَارِجِ، وَالْمُدَّعَىٰ عَلَيْهِ مَنْ يَكُونُ مُسْتَحِقًّا بِقَوْلِهِ مِنْ غَيْرِ حُجَّةٍ كَذِي اليَدِ، وَقِيلَ المُدَّعِي مَنْ يَتَمَسَّكُ بِغَيْرِ الظَّاهِرِ وَالْمُدَّعَىٰ عَلَيْهِ مَنْ يَتَمَسَّكُ بِالظَّاهِرِ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ - رَحِمَهُ اللهُ - فِي الأَصْلِ: المُدَّعَىٰ عَلَيْهِ هُوَ المُنْكِرُ، وَهٰذَا صَحِيحٌ لٰكِنَّ الشَّأْنَ فِي مَعْرِفَتِهِ، وَالتَّرْجِيحُ بِالْفِقْهِ عِنْدَ الحُذَّاقِ مِنْ أَصْحَابِنَا - رَحِمَهُمُ اللهُ - لِأَنَّ الِاعْتِبَارَ

يمكنه عزله في الحال، وأمَّا حكمها فوجوب الجواب على الخصم بـ «نعم» أو بـ «لا»، ولهذا وجب على القاضي إحضاره مجلس الحكم حتى يوفي ما استحقَّ عليه من الجواب وهي نوعان: صحيحة وفاسدة.

قوله: **وَمَعْرِفَةُ الفَرْقِ بَيْنَهُمَا** - أي بين المدعي والمدعى عليه - **مِنْ أَهَمِّ مَا يُبْتَنَىٰ عَلَيْهِ مَسَائِلُ الدَّعْوَىٰ**.

قوله: **كَذِي اليَدِ**، فإنه إذا قال: هو لي، كان له ما لم يثبت لِغير استحقاقه.

قوله: **مَنْ يَتَمَسَّكُ بِغَيْرِ الظَّاهِرِ**، كما إذا ادَّعى دينًا بوجه من الوجوه علىٰ آخر فالبينة على المدعي لدعواه أمرًا عارضيًا وهو شغل ذمته بحقه والظاهر عدمه والمدعى عليه هو المنكر لتمسُّكه بالأصل وهو براءة ذمته وهو الظاهر، وكذا الظاهر أن تكون الأملاك في يد الملاك فكان الخارج متمسكًا، بخلاف الظاهر.

قوله: **وَالتَّرْجِيحُ بِالْفِقْهِ عِنْدَ الحُذَّاقِ مِنْ أَصْحَابِنَا رَحِمَهُمُ اللهُ**، أي بالمعنى، إذ الاعتبار

لِلْمَعَانِي دُونَ الصُّوَرِ، فَإِنَّ المُودَعَ إِذَا قَالَ رَدَدْتُ الوَدِيعَةَ فَالْقَوْلُ لَهُ مَعَ اليَمِينِ وَإِنْ كَانَ مُدَّعِيًا لِلرَّدِّ صُورَةً لِأَنَّهُ يُنْكِرُ الضَّمَانَ.

قَالَ: (وَلَا تُقْبَلُ الدَّعْوَىٰ حَتَّىٰ يَذْكُرَ شَيْئًا مَعْلُومًا فِي جِنْسِهِ وَقَدْرِهِ) لِأَنَّ

للمعاني دون الصور والمباني فإنه قد يوجد الكلام من الشخص في صورة الدعوى وهو إنكار معنى، كالمودع إذا ادَّعى ردَّ الوديعة فإنه مدع للردِّ صورةً وهو منكرٌ لوجوب الضمان معنًى، ولهذا يحلفه القاضي إذا ادَّعى الردَّ أنه لا يلزمه رد ولا ضمانٌ ولا يحلفه أنه رده لأن اليمين يكون أبدًا على النفي، فإن قيل: المودع بدعوى الردِّ متمسك بما ليسَ بثابت إذ الرد لم يكن ثابتًا وهو يدعيه والمودع يتمسك بما هو ثابت وهو عدم الرد فإنه كان ثابتًا وهو يدَّعيه فكان ينبغي أن يكون المودِع هو المدعي والمودع هو المنكر، قلنا: المودع يدعي فراغ ذمَّته عن الضمان وهو أصل والمودع يدعي شغل ذمته وإنه لم يكن ثابتًا ولهذا تقبل بيِّنتـه إذا أقامها اعتبارًا للصورة ويجبر على الخصومة ويحلف اعتبارًا للمعنى.

قوله: وَلَا تُقْبَلُ الدَّعْوَىٰ حَتَّىٰ يَذْكُرَ شَيْئًا مَعْلُومًا فِي جِنْسِهِ وَقَدْرِهِ، اعلم أن الدعوى نوعان: صحيحة وفاسدة، فالصحيحة ما يتعلق بِها أحكامها وهي إحضار الخصم، ووجوب الحضور، والمطالبة بالجواب، ووجوب الجواب، واليمين إذا أنكر، والإثبات بالبينة، ولزوم إحضار المدعي، والفاسدة ما لا تتعلق بِها الأحكام التي بيناها، والفساد بأحد معنيين إمَّا أن لا تكون ملزمة شيئًا على الخصم إذا ثبت، كمن ادعى على غيره أنه وكيله، أو يكون المدعي مجهولاً في نفسه لأن فائدة الدعوى الإلزام بواسطة إقامة الحجة والإلزام لا يتحقَّق في المجهول لأنَّ القاضي لا يتمكن من القضاء بالمجهول ببينة المدعي ولا بنكول المدعى عليه.

قوله: فِي جِنْسِهِ - بأن قال حنطة مثلاً - وَقَدْرِهِ، بأن قال عشرة أقفزة حنطة، وفي الذخيرة: فإن كان المدعى مكيلاً فإنَّما تصح الدعوى إذا ذكر المدعي جنسه بأنه حنطة أو

فَائِدَةَ الدَّعْوَىٰ الإِلْزَامُ بِوَاسِطَةِ إِقَامَةِ الحُجَّةِ، وَالْإِلْزَامُ فِي المَجْهُولِ لَا يَتَحَقَّقُ (فَإِنْ كَانَ عَيْنًا فِي يَدِ المُدَّعَىٰ عَلَيْهِ كُلِّفَ إِحْضَارَهَا) لِيُشِيرَ إِلَيْهَا بِالدَّعْوَىٰ، وَكَذَا فِي الشَّهَادَةِ وَالِاسْتِحْلَافِ، لِأَنَّ الإِعْلَامَ بِأَقْصَىٰ مَا يُمْكِنُ شَرْطٌ وَذٰلِكَ بِالْإِشَارَةِ فِي المَنْقُولِ لِأَنَّ النَّقْلَ مُمْكِنٌ وَالْإِشَارَةُ أَبْلَغُ فِي التَّعْرِيفِ، وَيَتَعَلَّقُ بِالدَّعْوَىٰ وُجُوبُ الحُضُورِ، وَعَلَىٰ هٰذَا القُضَاةُ مِنْ آخِرِهِمْ فِي كُلِّ عَصْرٍ، وَوُجُوبُ الجَوَابِ إِذَا حَضَرَ لِيُفِيدَ حُضُورُهُ وَلُزُومُ إِحْضَارِ العَيْنِ المُدَّعَاةِ لِمَا قُلْنَا وَالْيَمِينِ إِذَا أَنْكَرَهُ، وَسَنَذْكُرُهُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَىٰ.

قَالَ: (وَإِنْ لَمْ تَكُنْ حَاضِرَةً ذَكَرَ قِيمَتَهَا لِيَصِيرَ المُدَّعَىٰ مَعْلُومًا) لِأَنَّ

شعير، ويذكر مع ذلك نوعًا أنَّها سقيَّة أو بريَّة، خريفية أو ربيعية، ويذكر مع ذلك صنفها أنَّها جيدة أو وسطة أو ردية، ويذكر قدرها بالكيل فيقول: كذا قفيزًا لأنَّ المقدار في الحنطة الكيل ويذكر بقفيز كذا لأن القفزان تتفاوت في ذاتِها، ويذكر سبب الوجوب لأنَّ أحكام الدين تختلف باختلاف أسبابِها فإنه إذا كان بسبب السلم يحتاج فيه إلىٰ بيان مكان الإيفاء ليقع التحرُّز عن الاختلاف، ولا يجوز الاستبدال به قبل أن يقبض، وإن كان من ثمن بيع يجوز الاستبدال به قبل القبض ولا يشترط فيه بيان مكان الإيفاء.

قوله: وَإِنْ لَمْ تَكُنْ حَاضِرَةً ذَكَرَ قِيمَتَهَا، وفي الذخيرة: وإن وقعت الدعوى في عينٍ غائبٍ لا يعرف مكانه بأن ادَّعى رجل علىٰ رجل أنه غصب منه ثوبًا أو جاريةً لا يدرى أنه قائم أو هالك، فإن بيَّن الجنس والصفة والقيمة فدعواه مسموعةٌ مقبولةٌ، وإن لم يبيِّن القيمة أشار في عامة الكتب أنَّها مسموعة، لأنَّ الإنسان رُبَّما لا يعرف قيمة ماله فلو كلِّف

الْعَيْنَ لَا تُعْرَفُ بِالْوَصْفِ، وَالْقِيمَةُ تُعْرَفُ بِهِ وَقَدْ تَعَذَّرَ مُشَاهَدَةُ الْعَيْنِ.
وَقَالَ الْفَقِيهُ أَبُو اللَّيْثِ: يُشْتَرَطُ مَعَ بَيَانِ الْقِيمَةِ ذِكْرُ الذُّكُورَةِ وَالْأُنُوثَةِ.

قَالَ: (وَإِنِ ادَّعَىٰ عَقَارًا حَدَّدَهُ وَذَكَرَ أَنَّهُ فِي يَدِ الْمُدَّعَىٰ عَلَيْهِ وَأَنَّهُ يُطَالِبُهُ بِهِ) لِأَنَّهُ تَعَذَّرَ التَّعْرِيفُ بِالْإِشَارَةِ لِتَعَذُّرِ النَّقْلِ فَيُصَارُ إِلَى التَّحْدِيدِ فَإِنَّ الْعَقَارَ يُعْرَفُ بِهِ، وَيَذْكُرُ الْحُدُودَ الْأَرْبَعَةَ، وَيَذْكُرُ أَسْمَاءَ أَصْحَابِ الْحُدُودِ وَأَنْسَابَهُمْ، وَلَا بُدَّ مِنْ ذِكْرِ الْجَدِّ لِأَنَّ تَمَامَ التَّعْرِيفِ بِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - عَلَىٰ مَا عُرِفَ هُوَ الصَّحِيحُ، وَلَوْ كَانَ الرَّجُلُ مَشْهُورًا يَكْتَفِي بِذِكْرِهِ، فَإِنْ ذَكَرَ ثَلَاثَةً مِنَ الْحُدُودِ يُكْتَفَىٰ بِهَا عِنْدَنَا خِلَافًا لِزُفَرَ لِوُجُودِ الْأَكْثَرِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا غَلِطَ فِي الرَّابِعَةِ لِأَنَّهُ يُخْتَلَفُ بِهِ الْمُدَّعَىٰ وَلَا كَذٰلِكَ

لبيان القيمة لتضرَّر به، وقال الإمام فخر الإسلام البزدوي رحمه الله تعالىٰ: إذا كانت المسئلة مختلفًا فيها ينبغي للقاضي أن يكلف المدعي لبيان القيمة، فإذا كلَّفه ولم يبيِّن يسمع لأنَّ الإنسان قد لا يعرف قيمة ماله، فلو كلَّفه لبيان القيمة فقد أضرَّ به إذ يتعذَّر عليه الوصول إلىٰ حقِّه، وإذا سقط بيان القيمة عن المدعي سقط من الشاهد بالطريق الأَوْلىٰ.

قوله: وَالْقِيمَةُ تُعْرَفُ بِهِ، أي القيمة شيء يعرف العين بذلك الشيء فلذلك شرط ذكر قيمة العين، وقيل: إنَّ العين لا يعرف بالوصف وإن بولغ في وصفه لمشاركة كثير من الأعيان إيَّاه في ذلك الجنس، لكن ببيان الوصف طولاً وعرضًا وغير ذلك تعرف قيمته، وقيل: تعرف القيمة ببيان الوصف لأنه إذا قيل أنَّ قيمته عشرة دراهم من الفضَّة الجيِّدة أو كذا دينارًا من الذهب الزكيِّ تصير قيمته معلومة بهذا الوصف.

قوله: بِخِلَافِ مَا إِذَا غَلِطَ فِي الرَّابِعَةِ لِأَنَّهُ يُخْتَلَفُ بِهِ الْمُدَّعَىٰ وَلَا كَذٰلِكَ بِتَرْكِهَا،

بِتَرْكِهَا، وَكَمَا يُشْتَرَطُ التَّحْدِيدُ فِي الدَّعْوَىٰ يُشْتَرَطُ فِي الشَّهَادَةِ. وَقَوْلُهُ فِي الكِتَابِ: وَذَكَرَ أَنَّهُ فِي يَدِ المُدَّعَىٰ عَلَيْهِ، لَا بُدَّ مِنْهُ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَنْتَصِبُ خَصْمًا إِذَا كَانَ فِي يَدِهِ، وَفِي العَقَارِ لَا يُكْتَفَىٰ بِذِكْرِ المُدَّعِي وَتَصْدِيقِ المُدَّعَىٰ عَلَيْهِ أَنَّهُ فِي يَدِهِ بَلْ لَا تَثْبُتُ اليَدُ فِيهِ إِلَّا بِالْبَيِّنَةِ، أَوْ عِلْمِ القَاضِي، هُوَ الصَّحِيحُ نَفْيًا لِتُهْمَةِ المُوَاضَعَةِ إِذِ العَقَارُ عَسَاهُ فِي يَدِ غَيْرِهِمَا، بِخِلَافِ المَنْقُولِ لِأَنَّ اليَدَ فِيهِ مُشَاهَدَةٌ. وَقَوْلُهُ: «وَأَنَّهُ يُطَالِبُهُ بِهِ» لِأَنَّ المُطَالَبَةَ حَقُّهُ فَلَا بُدَّ مِنْ طَلَبِهِ، وَلِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ مَرْهُونًا فِي يَدِهِ أَوْ مَحْبُوسًا بِالثَّمَنِ فِي يَدِهِ، وَبِالْمُطَالَبَةِ يَزُولُ هٰذَا الِاحْتِمَالُ، وَعَنْ هٰذَا قَالُوا فِي المَنْقُولِ يَجِبُ أَنْ يَقُولَ فِي يَدِهِ بِغَيْرِ حَقٍّ.

قَالَ: (وَإِنْ كَانَ حَقًّا فِي الذِّمَّةِ ذُكِرَ أَنَّهُ يُطَالِبُهُ بِهِ) لِمَا قُلْنَا، وَهٰذَا لِأَنَّ صَاحِبَ الذِّمَّةِ قَدْ حَضَرَ فَلَمْ يَبْقَ إِلَّا المُطَالَبَةُ لٰكِنْ لَا بُدَّ مِنْ تَعْرِيفِهِ بِالْوَصْفِ لِأَنَّهُ يُعْرَفُ بِهِ.

ونظيره إذا ادَّعى شراء شيءٍ بثمن منقود فإنَّ الشهادة تقبل عليه وإن سكتوا عن جنس الثمن، ولو ذكروا ذلك واختلفوا لم تقبل.

قوله: وَعَنْ هٰذَا قَالُوا فِي المَنْقُولِ، إشارة إلى قوله: لِأَنَّ المُطَالَبَةَ حَقُّهُ فَلَا بُدَّ مِنْ طَلَبِهِ، وَلِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ مَرْهُونًا فِي يَدِهِ أَوْ مَحْبُوسًا بِالثَّمَنِ فِي يَدِهِ.

قوله: لٰكِنْ لَا بُدَّ مِنْ تَعْرِيفِهِ بِالْوَصْفِ، فإن كان المدعى وزنيًا قائمًا يصحُّ إذا بيَّن الجنس بأن قال ذهبٌ أو فضَّة، وإن بيَّن الجنس فبعد ذلك إن كان مضروبًا يقول كذا دينارًا

قَالَ: (وَإِذَا صَحَّتِ الدَّعْوَىٰ سَأَلَ القَاضِي المُدَّعَىٰ عَلَيْهِ عَنْهَا) لِيَنْكَشِفَ لَهُ

ويذكر نوعه: بخاري الضرب، أو: نيسابوري الضرب، وينبغي أن يذكر صفته أنه جيِّد أو وسط أو رديء، وإنَّما يحتاج إلى ذكر الصفة إذا كان في البلدة نقود مختلفة، أمَّا إذا كان في البلد نقد واحد فلا، وإن كان في البلد نقود مختلفة والكل في الرواج سواء ولا فضل للبعض على البعض يجوز البيع ويعطى المشتري البائع أيَّ نقد شاء، إلا أنَّ في الدعوى لا بُدَّ من تعيين أحدها، وإن كان أحد النقدين أروج وللآخر فضل فالعقد جائز وينصرف إلى الأروج، ويصير ذلك كالملفوظ في الدعوى فلا حاجة إلى البيان في الدعوى، إلا إذا كان مضىٰ زمان طويل من وقت العقد إلى وقت الخصومة بحيث لا يعلم أروج وقت العقد فحينئذٍ يشترط بيان الأروج في ذلك الوقت ما كان، وإن كان الدعوى بسبب القرض والاستهلاك فلا بُدَّ من بيان الصفة علىٰ كل حال، وإن كان المدعى نقرة وكان مضروبًا ذكر نوعها وهو ما يضاف إليه، ويذكر صفتها أنَّها جيدة أو وسطة أو ردية، ويذكر قدرها أنه كذا درهمًا، ووزنُها لأنَّ وزن الدرهم يختلف باختلاف البلدان، والذي في ديارنا وزن سبعة وهو الذي كل عشرة منها بوزن سبعة مثاقيل، وإن كانت الفضَّة غير مضروبة إن كانت خالية عن الغشِّ يذكر كذا فضةً خالصة، ويذكر نوعها بأن قال نقرة طمغاجية، ويذكر صفتها أنَّها جيدة أو وسطة أو ردية، وقيل: إذا ذكر طمغاجية لا حاجة إلىٰ ذكر الجودة، وإن كان المدعى دراهم مضروبة والغشُّ فيها غالب إن كان يتعامل بِها وزنًا يذكر وزنَها ومقدارها وصفتها، وإن كان يتعامل عددًا يذكر عددها، ولو ادَّعى الحنطة أو الشعير بالأمناء وبيَّن أوصافها فقد قيل لا تصح هذه الدعوى وقيل تصحُّ، وفي الذرَّة والمجِّ يعتبر العرف، أمَّا في الأشياء الستة فالمعتبر هو الكيل في الأربعة منها، وهي الحنطة والشعير والتمر والملح، وفي الذهب والفضة الوزن، ثمَّ إذا ادَّعى الحنطة والشعير مكايلةً حتى صحَّت الدعوى بلا خلاف وأقام البينة على إقرار المدعى عليه بالحنطة أو الشعير ولم يذكروا الصفة في الإقرار، قبلت بيِّنته في حق الجبر على البيان لا في حق الجبر على

وَجْهُ الحُكْمِ (فَإِنِ اعْتَرَفَ قُضِيَ عَلَيْهِ بِهَا) لِأَنَّ الإِقْرَارَ مُوجِبٌ بِنَفْسِهِ فَيَأْمُرُهُ بِالْخُرُوجِ عَنْهُ (وَإِنْ أَنْكَرَ سَأَلَ المُدَّعِي البَيِّنَةَ) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «أَلَكَ بَيِّنَةٌ؟ فَقَالَ لَا، فَقَالَ: لَكَ يَمِينُهُ» سَأَلَ وَرَتَّبَ اليَمِينَ عَلَىٰ فَقْدِ البَيِّنَةِ فَلَا بُدَّ مِنَ السُّؤَالِ لِيُمْكِنَهُ الِاسْتِحْلَافُ.

قَالَ: (فَإِنْ أَحْضَرَهَا قُضِيَ بِهَا) لِانْتِفَاءِ التُّهْمَةِ عَنْهَا (وَإِنْ عَجَزَ عَنْ ذٰلِكَ وَطَلَبَ يَمِينَ خَصْمِهِ، اسْتَحْلَفَهُ عَلَيْهَا) لِمَا رَوَيْنَا، وَلَا بُدَّ مِنْ طَلَبِهِ

الأداء، وإن ادعى الدقيق بالقفيز لا تصحُّ لالتباسه بالكبس، ومتىٰ ذكر الوزن حتى صحَّت الدعوى لا بدَّ أن يذكر أنه دقيقٌ يابسٌ أو مغسولٌ، ويذكر مع ذلك أنه منخول أو غير منخول، ويذكر مع ذلك أنه جيِّد أو وسط أو رديء، قال في النهاية: هذا كله من الذخيرة وفصول الإمام الأستروشني.

قوله: فَإِنِ اعْتَرَفَ قُضِيَ عَلَيْهِ بِهَا، إطلاق لفظ القضاء توسع لأن الإقرار حجة بنفسه ولا يتوقف على القضاء، وكان الحكم من القاضي إلزامًا بالخروج عن موجب ما أقرَّ به، بخلاف البينة لأنَّها إنَّما تصير حجة باتصال القضاء بِها.

قوله: لِانْتِفَاءِ التُّهْمَةِ عَنْهَا، أي عن الدعوى.

قوله: لِمَا رَوَيْنَا، أي لك يمينه، وإنَّما شرط طلبه لأن اليمين حق المدعي قبل المدعى عليه إذ الإضافة بحرف اللام المقتضية للاختصاص تنصيصٌ علىٰ أنَّ اليمين حق المدعي، والفقه فيه أنَّ المدعي يزعم أنه أتوىٰ بإنكاره حقه فشرع الاستحلاف، حتى لو كان الأمر كما زعم يكون إتواء بمقابلة إتواء فإنَّ اليمين الفاجرة تدع الديار بلاقع وإلَّا ينال المدعى عليه الثواب بذكر اسم الله تعالى على سبيل التعظيم، ثمَّ كما أنَّ اليمين حق المدعي فكذا هي حقُّ المدعى عليه من حيث إن شرعيتها إنَّما كانت لإظهار صدق

لِأَنَّ اليَمِينَ حَقُّهُ؛ أَلَا يَرَىٰ أَنَّهُ كَيْفَ أُضِيفَ إِلَيْهِ بِحَرْفِ اللَّامِ فَلَا بُدَّ مِنْ طَلَبِهِ.

المدعى عليه، وما كان يرجِّح صدق الإنسان كان حقًّا له.

* * *

بَابُ اليَمِينِ في الدَّعْوى

(وَإِذَا قَالَ المُدَّعِي لِي بَيِّنَةٌ حَاضِرَةٌ وَطَلَبَ اليَمِينَ لَمْ يُسْتَحْلَفْ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، مَعْنَاهُ حَاضِرَةٌ فِي المِصْرِ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يُسْتَحْلَفُ لِأَنَّ اليَمِينَ حَقُّهُ بِالْحَدِيثِ المَعْرُوفِ، فَإِذَا طَالَبَهُ بِهِ يُجِيبُهُ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ ثُبُوتَ الحَقِّ فِي العَيْنِ مُرَتَّبٌ عَلَى العَجْزِ عَنْ إِقَامَةِ البَيِّنَةِ لِمَا رَوَيْنَا فَلَا يَكُونُ حَقُّهُ دُونَهُ، كَمَا إِذَا كَانَتِ البَيِّنَةُ حَاضِرَةً فِي المَجْلِسِ. وَمُحَمَّدٌ مَعَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ فِيمَا ذَكَرَهُ الخَصَّافُ، وَمَعَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - فِيمَا ذَكَرَهُ الطَّحَاوِيُّ.

قَالَ: (وَلَا تُرَدُّ اليَمِينُ عَلَى المُدَّعِي) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «الْبَيِّنَةُ عَلَى المُدَّعِي، وَالْيَمِينُ عَلَىٰ مَنْ أَنْكَرَ» قَسَمَ وَالْقِسْمَةُ تُنَافِي الشَّرِكَةَ، وَجَعَلَ جِنْسَ الأَيْمَانِ عَلَى المُنْكِرِينَ ....

باب اليمين في الدعوى

قوله: حَاضِرَةٌ، معناه حاضرة في المصر، احترز به عن البينة الحاضرة في مجلس الحكم، فإنَّ البينة لو كانت في مجلس الحكم لا يجوز الحكم باليمين بالاتفاق وإن طلب الخصم.

قوله: وَجَعَلَ جِنْسَ الأَيْمَانِ عَلَى المُنْكِرِينَ، إذ الألف واللام لاستغراق الجنس،

وَلَيْسَ وَرَاءَ الجِنْسِ شَيْءٌ، وَفِيهِ خِلَافُ الشَّافِعِيِّ - رَحِمَهُ اللهُ -.

قَالَ: (وَلَا تُقْبَلُ بَيِّنَةُ صَاحِبِ اليَدِ فِي المِلْكِ المُطْلَقِ، وَبَيِّنَةُ الخَارِجِ أَوْلَىٰ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يُقْضَىٰ بِبَيِّنَةِ ذِي اليَدِ لِاعْتِضَادِهَا بِالْيَدِ فَيَتَقَوَّىٰ الظُّهُورُ وَصَارَ كَالنِّتَاجِ وَالنِّكَاحِ وَدَعْوَى المِلْكِ مَعَ الإِعْتَاقِ وَالِاسْتِيلَادِ

فمن جعل بعض الأيمان حجةً للمدعي فقد خالف النصَّ، وحديث الشاهد واليمين غريبٌ، وما رويناه مشهور تلقته الأمة بالقبول حتى صار في حيز التواتر فلا يعارضه، على أن يحيىٰ بن معين قد ردَّه.

قوله: وَلَيْسَ وَرَاءَ الجِنْسِ شَيْءٌ، أي شيء من أفراد ذلك الجنس، وفيه خلاف الشافعي رحمه الله تعالىٰ، فعنده إذا لم يكن للمدعي بينة أصلاً وحلّف القاضي المدعى عليه فنكل يرد اليمين على المدعي، فإن حلف قضى به، وإلَّا لا، لأنَّ الظاهر صار شاهدًا للمدعي بنكوله فيعتبر يمينه كالمدعى عليه، وكذا إذا أقام المدعي شاهدًا واحدًا وعجز عن إقامة شاهدٍ آخر فإنه يرد اليمين عليه، فإن حلف قضى له بما ادَّعى، وإن نكل لم يقض له بشيء.

قوله: وَلَا تُقْبَلُ بَيِّنَةُ صَاحِبِ اليَدِ فِي المِلْكِ المُطْلَقِ، احترازًا عن الملك المقيَّد بدعوى النتاج وغيره.

قوله: وَصَارَ كَالنِّتَاجِ، بأن ادَّعىٰ كل واحد من الخارج وذي اليد أن هذه الدابة نتجت عنده وأقاما البينة علىٰ ذلك ولأحدهما يد فإنه يقضى لصاحب اليد، وكذلك إذا تنازعا في نكاح امرأة وأقاما البينة وهي في يد أحدهما فصاحب اليد أوْلىٰ، ودعوى الملك مع الإعتاق بأن يكون عبدٌ في يد رجلٍ أقام الخارج البينة أنه عبده أعتقه وأقام ذو اليد البينة أنه أعتقه وهو يملكه فبينة ذي اليد أوْلىٰ من بينة الخارج، لأنَّ المقصود هناك إثبات الولاء

وَالتَّدْبِيرِ. وَلَنَا أَنَّ بَيِّنَةَ الخَارِجِ أَكْثَرُ إِثْبَاتًا أَوْ إِظْهَارًا لِأَنَّ قَدْرَ مَا أَثْبَتَهُ اليَدُ لَا يُثْبِتُهُ بَيِّنَةُ ذِي اليَدِ، إِذِ اليَدُ دَلِيلُ مُطْلَقِ المِلْكِ، بِخِلَافِ النِّتَاجِ لِأَنَّ اليَدَ لَا تَدُلُّ عَلَيْهِ، وَكَذَا عَلَى الإِعْتَاقِ وَأُخْتَيْهِ وَعَلَى الوَلَاءِ الثَّابِتِ بِهَا.

قَالَ: (وَإِذَا نَكَلَ المُدَّعَىٰ عَلَيْهِ عَنِ اليَمِينِ قُضِيَ عَلَيْهِ بِالنُّكُولِ وَأَلْزَمَهُ مَا ادَّعَىٰ عَلَيْهِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يُقْضَىٰ بِهِ بَلْ يَرُدُّ اليَمِينَ عَلَى المُدَّعِي، فَإِذَا حَلَفَ يَقْضِي بِهِ لِأَنَّ النُّكُولَ يَحْتَمِلُ التَّوَرُّعَ عَنِ اليَمِينِ الكَاذِبَةِ

على العبد والولاء كالنسب، وإنَّما أثبته كل واحد منهما على العبد فلمَّا استوت البينتان ترجَّح جانب ذي اليد بيده، وكذا لو ادَّعى كل واحد منهما أنَّها أمته دبرها أو استولدها.

قوله: وَلَنَا أَنَّ بَيِّنَةَ الخَارِجِ أَكْثَرُ إِثْبَاتًا، أي في علم القاضي البينات شرعت للإثبات لأنَّها وإن كانت في التحقيق مبينة مظهرة ولكن لمَّا لم يكن لنا علمٌ بذلك والأحكام عندنا تثبت بأسبابِها أخذت البينة حكم الإثبات كالعلل الشرعية فإنَّها أمارات في حقِّ الشرع وفي حقِّنا لها حكم الإثبات، ولهذا وجب الضمان على الشهود عند الرجوع لأنَّ الحكم يحال إلىٰ شهادتِهم إيجابًا.

قوله: أَوْ إِظْهَارًا، أي في الواقع فإنَّ الخارج بينته تظهر ما كان ثابتًا في الواقع وبينة الخارج أكثر إثباتًا، لأنه ببينته يستحقُّ على ذي اليد الملك الثابت له بظاهر يده وذو اليد لا يستحقُّ على الخارج ببينته شيئًا لأنه لا ملك للخارج بوجهٍ فلا تكون بينته مثبتةً للملك إنَّما هو مؤكد للملك الثابت باليد، والتأكيد إثبات وصف للموجود لا إثبات أصل الملك، وبيِّنة الخارج تثبت أصل الملك فصحَّ قولنا أنَّها أكثر إثباتًا، بخلاف النتاج لأنَّ اليد لا تدلُّ عليه، وكذا على الإعتاق والتدبير والاستيلاد وعلى الولاء الثابت، فاستوت البيِّنتان في الإثبات فترجَّح بينة ذي اليد ليده.

وَالتَّرَفُّعَ عَنِ الصَّادِقَةِ وَاشْتِبَاهَ الحَالِ فَلَا يَنْتَصِبُ حُجَّةً مَعَ الِاحْتِمَالِ، وَيَمِينُ المُدَّعِي دَلِيلُ الظُّهُورِ فَيُصَارُ إِلَيْهِ. وَلَنَا أَنَّ النُّكُولَ دَلَّ عَلَىٰ كَوْنِهِ بَاذِلًا أَوْ مُقِرًّا، إِذْ لَوْلَا ذٰلِكَ لَأَقْدَمَ عَلَى اليَمِينِ إِقَامَةً لِلْوَاجِبِ وَدَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنْ نَفْسِهِ فَتَرَجَّحَ هٰذَا الجَانِبُ، وَلَا وَجْهَ لِرَدِّ اليَمِينِ عَلَى المُدَّعِي لِمَا قَدَّمْنَاهُ.

قَالَ: (وَيَنْبَغِي لِلْقَاضِي أَنْ يَقُولَ لَهُ: «إِنِّي أَعْرِضُ عَلَيْكَ اليَمِينَ ثَلَاثًا، فَإِنْ حَلَفْتَ وَإِلَّا قَضَيْتُ عَلَيْكَ بِمَا ادَّعَاهُ) وَهٰذَا الإِنْذَارُ لِإِعْلَامِهِ بِالْحُكْمِ إِذْ هُوَ

قوله: وَيَمِينُ المُدَّعِي دَلِيلُ الظُّهُورِ، أي دليل ظهور كون المدعي محقًّا في دعواه، كما كانت يمين المدَّعىٰ عليه.

قوله: وَلَنَا أَنَّ النُّكُولَ دَلَّ عَلَىٰ كَوْنِهِ بَاذِلًا، أي علىٰ قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى، أَوْ مُقِرًّا، أي علىٰ قولهما، إذ لولا ذلك لأقدم على اليمين إقامةً للواجب، لأنه عليه الصلاة والسلام قال: «واليمين علىٰ من أنكر» وكلمة «علىٰ» للوجوب.

قوله: فَتَرَجَّحَ هٰذَا الجَانِبُ، أي جانب كونه باذلاً أو مقرًّا علىٰ جانب التورُّع لأنَّ الشرع ألزمه التورُّع عن اليمين الكاذبة دون التَّرفع عن اليمين الصادقة، ولذلك يرجح هذا الجانب في نكوله، ولأنه لا يتمكن من التَّرفع عن اليمين الصادقة إلا ببذل المال لأنه إنَّما يرتفع ملتزمًا للضرَّر بالغير بمنع الحقِّ، كذا في المبسوط.

قوله: وَلَا وَجْهَ لِرَدِّ اليَمِينِ عَلَى المُدَّعِي لِمَا قَدَّمْنَاهُ، إشارة إلىٰ قوله: ولا يردُّ اليمين على المدعي لقوله عليه الصلاة والسلام: «البينة على المدعي»، إلىٰ آخره.

قوله: لِإِعْلَامِهِ بِالْحُكْمِ، أي الحكم بالنكول، إذ هو موضع الخفاء لأنَّ القضاء

مَوْضِعُ الخَفَاءِ. قَالَ: (فَإِذَا كَرَّرَ العَرْضَ عَلَيْهِ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ قُضِيَ عَلَيْهِ بِالنُّكُولِ) وَهٰذَا التَّكْرَارُ ذَكَرَهُ الخَصَّافُ - رَحِمَهُ اللهُ - لِزِيَادَةِ الِاحْتِيَاطِ وَالْمُبَالَغَةِ فِي إِبْلَاءِ العُذْرِ، فَأَمَّا المَذْهَبُ أَنَّهُ لَوْ قُضِيَ بِالنُّكُولِ بَعْدَ العَرْضِ مَرَّةً جَازَ لِمَا قَدَّمْنَاهُ هُوَ الصَّحِيحُ وَالْأَوَّلُ أَوْلَىٰ، ثُمَّ النُّكُولُ قَدْ يَكُونُ حَقِيقِيًّا كَقَوْلِهِ لَا أَحْلِفُ، وَقَدْ يَكُونُ حُكْمِيًّا بِأَنْ يَسْكُتَ، وَحُكْمُهُ حُكْمُ الأَوَّلِ إِذَا عَلِمَ أَنَّهُ لَا آفَةَ بِهِ مِنْ طَرَشٍ أَوْ خَرَسٍ هُوَ الصَّحِيحُ.

قَالَ: (وَإِنْ كَانَتِ الدَّعْوَىٰ نِكَاحًا لَمْ يُسْتَحْلَفِ المُنْكِرُ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَلَا يُسْتَحْلَفُ عِنْدَهُ فِي النِّكَاحِ وَالرَّجْعَةِ وَالْفَيْءِ فِي

بالنكول مجتهد فيه، فإنَّ عند الشافعي رحمه الله تعالى لا يحكم بالنكول، بل يرد اليمين إلى المدعي.

قوله: فَإِذَا كَرَّرَ العَرْضَ عَلَيْهِ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ قُضِيَ عَلَيْهِ بِالنُّكُولِ، والتقدير بالثلاث في عرض اليمين لازمٌ في المروي عن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالىٰ، والجمهور علىٰ أنه للاحتياط، حتَّىٰ لو قضي بالنكول مرَّةً نفذ قضاؤه في الصحيح، ولا بُدَّ أن يكون النكول في مجلس القضاء، وهل يشترط القضاء على فور النكول؟ فيه اختلاف، ثمَّ إن كان الاستحلاف عند غير القاضي كان المدعي على دعواه، لأنَّ المعتبر يمين قاطعة للخصومة واليمين عند غير القاضي غير قاطعة، وإن كان الاستحلاف الأول من القاضي لا يحلفه ثانيًا، وكذا لو اصطلحا على أنَّ المدعي لو حلف فالمدعى عليه ضامن للمال وحلف فالصلح باطلٌ ولا شيءَ على المدعى عليه.

قوله: وَلَا يُسْتَحْلَفُ عِنْدَهُ فِي النِّكَاحِ وَالرَّجْعَةِ، إلىٰ آخره، وصورة ذلك بأن ادعى

الإِيلَاءِ وَالرِّقِّ وَالِاسْتِيلَادِ وَالنَّسَبِ وَالْوَلَاءِ وَالْحُدُودِ وَاللِّعَانِ. وَقَالَا: يُسْتَحْلَفُ فِي ذٰلِكَ كُلِّهِ إِلَّا فِي الحُدُودِ وَاللِّعَانِ. وَصُورَةُ الِاسْتِيلَادِ أَنْ تَقُولَ الجَارِيَةُ أَنَا أُمُّ وَلَدٍ لِمَوْلَايَ وَهٰذَا ابْنِي مِنْهُ وَأَنْكَرَ المَوْلَىٰ، لِأَنَّهُ لَوِ ادَّعَىٰ المَوْلَىٰ ثَبَتَ الِاسْتِيلَادُ بِإِقْرَارِهِ وَلَا يُلْتَفَتُ إِلَىٰ إِنْكَارِهَا. لَهُمَا أَنَّ النُّكُولَ إِقْرَارٌ لِأَنَّهُ يَدُلُّ عَلَىٰ كَوْنِهِ كَاذِبًا فِي الإِنْكَارِ عَلَىٰ مَا قَدَّمْنَاهُ، إِذْ لَوْلَا ذٰلِكَ لَأَقْدَمَ عَلَى اليَمِينِ الصَّادِقَةِ إِقَامَةً لِلْوَاجِبِ

رجل على امرأة أنه تزوجها وأنكرت المرأة ذلك، أو ادعت المرأة النكاح وأنكر الرجل، أو ادَّعى الرجل بعد الطلاق وانقضاء العدة أنه كان راجعها في العدَّة وأنكرت المرأة، أو ادَّعت المرأة ذلك وأنكر الزوج، أو ادعى الزوج بعد انقضاء مدة الإيلاء أنه كان فاء إليها في المدَّة وأنكرت المرأة، أو ادَّعت ذلك وأنكر الزوج، أو ادَّعى مجهول النسب أنه عبده، أو ادَّعى ذلك على المجهول، أو اختصما علىٰ هذا الوجه في ولاء العتاقة أو ولاء الموالاة، أو ادَّعى علىٰ رجل أنَّ المدعى عليه ولده أو والده، أو ادَّعت المرأة على مولاها أنَّها ولدت منه هذا الولد، أو ادَّعت أنَّها ولدت منه ولدًا وقد مات الولد وأنَّها أم الولد له، عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ لا يستحلف المنكر في هذه المسائل السبع، وعندهما يستحلف، وإذا نكل يقضىٰ بالنكول، وفي الاستيلاد لا يتصور الطرف الآخر لأنَّ المولى إذا أقرَّ به يصحُّ إقراره فلا حاجة حينئذٍ إلى الاستحلاف، وفي اللِّعان لا يستحلف في قولهم جميعًا، وصورته إذا ادعت المرأة علىٰ زوجها أنه قذفها قذفًا موجبًا للعان وأنكر الزوج لا يستحلف، لأن موجب قذف الزوج زوجته معتبر كموجب قذف الأجنبي، وفيه لا يقضى بالنكول، هذا مثله، لأن كل واحد منهما يندرئ بالشبهات حتى لا يثبت بالإبدال من الحجج، ككتاب القاضي إلى القاضي، والشهادة على الشهادة، وشهادة رجل وامرأتين ولا يعمل فيه البذل والإباحة.

فَكَانَ إِقْرَارًا أَوْ بَدَلًا عَنْهُ، وَالْإِقْرَارُ يَجْرِي فِي هٰذِهِ الأَشْيَاءِ لٰكِنَّهُ إِقْرَارٌ فِيهِ شُبْهَةٌ، وَالْحُدُودُ تَنْدَرِئُ بِالشُّبُهَاتِ، وَاللِّعَانُ فِي مَعْنَى الحَدِّ. وَلِأَبِي

قوله: فَكَانَ إِقْرَارًا أَوْ بَدَلًا عَنْهُ، أي خلفًا عن الإقرار جاز أن يكون هذا التَّرديد لدفع بعض الشبهات التي ترد عليها في القول بالإقرار والنكول ليس بإقرار في نفسه ولكن يجعل مقام الإقرار لوجوب قطع الخصومة بالإقرار أو باليمين، وإنَّما يلزم القطع بقدر الحاجة فيقوم النكول مقام الإقرار بقدر الحاجة على الخصوص، ألا ترىٰ أنه لا يصحُّ إلَّا في مجلس القضاء لأنه يثبت بحسب حاجة القاضي إليه، وأمَّا الإقرار فحجة لا لوجوب قطع الخصومة عليه، حتَّىٰ لو أقرَّ في غير مجلس القضاء أو قبل الدعوى صحَّ، وإذا كان كذلك يجعل النكول فيما وراء الوجوب كأنه نكل في غير مجلس القضاء باستحلاف الخصم نفسه، ويدلُّ علىٰ ما قلنا ما ذكر في الجامع: رجل اشترىٰ نصف عبد ثم اشترى النصف الباقي ثمَّ وجد به عيبًا فخاصمه في النصف الأول فأنكر البائع ونكل عن اليمين ورد عليه ثمَّ خاصمه في النصف الباقي فأنكر لم يلزمه ويستحلف عليه، ولو جعل النكول إقرارًا من كل وجه للزمه النصف الآخر بنكوله في المرَّة الأولىٰ، كما لو أقرَّ في تلك، فإن قيل: الوكيل بالبيع إذا ادَّعى عليه عيب في المبيع واستحلف فنكل فإنه يلزم الموكل، ولو جعل إقرارًا للزم الوكيل، قلنا: إنه وإن كان كالإقرار فهو أمر لزمه بسبب البيع بحيث لا اختيار له والموكل أدخله فيه فعليه أن يخرجه منه، كما لو استحقَّ المبيع منه بعد الهلاك فإنَّ الوكيل يضمن ويرجع به على الموكل، فأمَّا إذا أقرَّ فهو شيءٌ لزمه باختياره الإقرار فإنه كان يتفصَّى عن الدعوى بالسكوت والنكول، كما إذا ثبت الاستحقاق بإقراره يلزمه الضمان ولا يرجع به، فإن قيل: يشكل علىٰ ما قالا مسئلةٌ ذكرها في المبسوط وهي: أنَّ الرجل إذا قال: كفلتُ لك بما يقرُّ لك به فلان فادَّعى المكفول له على فلان مالاً فأنكر فحلف فنكل فقضى القاضي بنكوله لا يقضى بالمال على الكفيل، ولو كان النكول إقرارًا لقضىٰ به، قلنا: إنَّهما يقولان أنَّ النكول بدل عن الإقرار وليس بإقرار، ولهذا لا يثبت

حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ - أَنَّهُ بَذْلٌ لِأَنَّ مَعَهُ لَا تَبْقَى اليَمِينُ وَاجِبَةً لِحُصُولِ المَقْصُودِ وَإِنْزَالُهُ بَاذِلًا أَوْلَىٰ كَيْ لَا يَصِيرَ كَاذِبًا فِي الإِنْكَارِ، وَالْبَذْلُ لَا يَجْرِي فِي هٰذِهِ الأَشْيَاءِ. وَفَائِدَةُ الِاسْتِحْلَافِ القَضَاءُ بِالنُّكُولِ فَلَا يُسْتَحْلَفُ، إِلَّا أَنَّ هٰذَا بَذْلٌ لِدَفْعِ الخُصُومَةِ فَيَمْلِكُهُ المُكَاتَبُ وَالْعَبْدُ

المدعى بنفس النكول، بخلاف الإقرار، ولأبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه بذل، وتفسير البذل عنده ترك المنازعة والإعراض عنها وغير مفسّر بالهبة والتمليك، ولهذا قلنا أنَّ الرجل إذا ادعى نصف الدار شائعًا فأنكر المدعى عليه يقضى فيه بالنكول وهبة نصف الدار شائعًا لا تصحُّ.

قوله: لِأَنَّ مَعَهُ لَا تَبْقَى اليَمِينُ وَاجِبَةً - أي مع البذل - لِحُصُولِ المَقْصُودِ، أي حصول ما ادَّعاه المدعي.

قوله: وَإِنْزَالُهُ بَاذِلًا أَوْلَىٰ، جواب لِمَا يقال: أن اليمين كما لا تبقى مع البذل لا تبقى مع الإقرار فلِمَ جعل أبو حنيفة رحمه الله تعالى البذل أوْلىٰ ولم يجعله إقرارًا كما جعلاه؟ فقال: إِنْزَالُهُ بَاذِلًا أَوْلَىٰ، لأنَّا لو حملناه على الإقرار لكذبناه في الإنكار، ولو جعلناه بذلاً لقطعنا الخصومة بلا تكذيب فكان هذا أوْلىٰ صيانةً للمسلم عن أن يظنَّ به الكذب، والبذل لا يجري في هذه الأشياء، فإنَّ المرأة لو قالت: لا نكاح بيني وبينك ولكن بذلتُ لك نفسي، لا يعمل بذلها، وكذا لو قال: لستُ بابن فلان ولا مولىٰ له بل أنا حرُّ الأصل ولكن هذا يؤذيني بالدعوى فأبحتُ له أن يدعيني، وكذا لو قال: أنا حُرُّ الأصل ولكن أبذل له نفسي ليستَرقني، لا يعمل بذله أصلاً، بخلاف المال فإنه لو قال: هذا المال ليس له ولكني أبيحه وأبذله له لأتخلَّص من خصومته، صحَّ بذله، فالحاصل أن كل محل يقبل الإباحة بالإذن ابتداءً يقضىٰ عليه بنكوله، وما لا فلا.

قوله: إِلَّا أَنَّ هٰذَا بَذْلٌ لِدَفْعِ الخُصُومَةِ فَيَمْلِكُهُ المُكَاتَبُ، لمَّا كان النكول بذلاً عنده

المَأْذُونُ بِمَنْزِلَةِ الضِّيَافَةِ اليَسِيرَةِ، وَصِحَّتُهُ فِي الدَّيْنِ بِنَاءً عَلَىٰ زَعْمِ المُدَّعِي وَهُوَ مَا يَقْبِضُهُ حَقًّا لِنَفْسِهِ، وَالْبَذْلُ مَعْنَاهُ هَاهُنَا تَرْكُ المَنْعِ، وَأَمْرُ المَالِ هَيِّنٌ.

كان ينبغي أن لا يعتبر النكول من المكاتب والمأذون لأنَّهما لا يملكان البذل وإنَّما اعتبر النكول منهما لأنه بذل لقطع الخصومة فلا يجدان بُدًّا منه فيملكانه كالضيافة اليسيرة.

قوله: وَصِحَّتُهُ فِي الدَّيْنِ بِنَاءً عَلَىٰ زَعْمِ المُدَّعِي، جواب لأن يقال: لو كان النكول بذلاً لَمَا جرىٰ في الدين لأنَّ محله الأعيان لا الديون إذ البذل والاعطاء لا يجريان في الأوصاف والدين وصف في الذمة، فأجاب أنَّ البذل هنا ترك المنع كأنَّ المدعي يأخذه منه بناءً علىٰ زعمه أنه يأخذ حقَّ نفسه ولا مانع له وأمر المال هيِّنٌ، بخلاف النكاح ونحوه، فإن قيل: هذا التعليلُ مخالفٌ للحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «واليمين علىٰ من أنكر»، قلنا: خصَّ منه الحدود واللِّعان فجاز تخصيص هذه الصورة بالقياس، قال القاضي فخر الدين رحمه الله تعالىٰ في الجامع الصغير: والفتوىٰ على قولهما، وقيل: ينبغي أن ينظر في حال المدعى عليه، فإن رآه متعنِّتًا يحلِّفه ويأخذ بقولهما، وإن رآه مظلومًا لا يحلفه آخذًا بقوله، كما في الوكيل بالخصومة، فإن قيل: وجوب الحكم على القاضي بالنكول دليلٌ على أنه إقرار لا بذلٌ، لأنَّ البذل يبيح الأخذ للمدعي ولكن لا يلزم القاضي أن يقضي به كالصلح على الإنكار، قلنا: إن كان البذل صريحًا فهو بذل من العبد فلا يلزم القاضي، وأمَّا إذا كان نكولاً فهو بذل بحكم الشرع لِمَا أنَّ المدعي يستحقُّ ما ادَّعاه بنفس الدَّعوى لولا ينازعه المنكر بيده أو بذمته والمدعى عليه أبطله بالمنازعة والشرع أبطله إلى اليمين، ثمَّ لمَّا منع المنكر اليمين عاد الأمر إلى الأصل بحكم الشرع فيلزم القاضي قطع منازعته والتمكين منه بالقضاء بالأصل، لأنه لا يمكنه استيفاؤه منه جبرًا فانتقل بحكم الشرع إلى الأصل.

قَالَ: (وَيُسْتَحْلَفُ السَّارِقُ، فَإِنْ نَكَلَ ضَمِنَ وَلَمْ يُقْطَعْ) لِأَنَّ المَنُوطَ بِفِعْلِهِ شَيْئَانِ: الضَّمَانُ وَيَعْمَلُ فِيهِ النُّكُولُ. وَالْقَطْعُ وَلَا يَثْبُتُ بِهِ فَصَارَ كَمَا إِذَا شَهِدَ عَلَيْهَا رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ.

قَالَ: (وَإِذَا ادَّعَتِ المَرْأَةُ طَلَاقًا قَبْلَ الدُّخُولِ أُسْتُحْلِفَ الزَّوْجُ، فَإِنْ نَكَلَ ضَمِنَ نِصْفَ المَهْرِ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا) لِأَنَّ الِاسْتِحْلَافَ يَجْرِي فِي الطَّلَاقِ عِنْدَهُمْ لَا سِيَّمَا إِذَا كَانَ المَقْصُودُ هُوَ المَالُ، وَكَذَا فِي النِّكَاحِ إِذَا ادَّعَتْ هِيَ الصَّدَاقَ لِأَنَّ ذٰلِكَ دَعْوَى المَالِ، ثُمَّ يَثْبُتُ المَالُ بِنُكُولِهِ وَلَا يَثْبُتُ النِّكَاحُ، وَكَذَا فِي النَّسَبِ إِذَا ادَّعَىٰ حَقًّا كَالْإِرْثِ وَالْحَجْرِ فِي اللَّقِيطِ، وَالنَّفَقَةِ وَامْتِنَاعِ الرُّجُوعِ فِي الهِبَةِ، لِأَنَّ المَقْصُودَ هٰذِهِ الحُقُوقُ، وَإِنَّمَا يُسْتَحْلَفُ فِي النَّسَبِ المُجَرَّدِ عِنْدَهُمَا إِذَا كَانَ يَثْبُتُ بِإِقْرَارِهِ كَالْأَبِ وَالِابْنِ فِي حَقِّ الرَّجُلِ وَالْأَبِ فِي حَقِّ المَرْأَةِ، لِأَنَّ فِي دَعْوَاهَا الِابْنَ تَحْمِيلَ النَّسَبِ عَلَى الغَيْرِ وَالْمَوْلَىٰ وَالزَّوْجِ فِي حَقِّهِمَا.

قوله: وَكَذَا فِي النَّسَبِ إِذَا ادَّعَىٰ حَقًّا كَالْإِرْثِ، إذا قال المدَّعي أنه أخو المدعى عليه لأبيه وأنَّ أباهما مات وترك مالاً في يد المدعى عليه، وَالْحَجْرِ فِي اللَّقِيطِ، إذا قال المدعي هذا الصبيُّ الذي التقطته أخي وليَ ولاية الحَجر عليه وأنكر ذو اليد، وَالنَّفَقَةِ، إذا قال المدعي وهو زمن أنه أخو المدعى عليه فافرض لي عليه النفقة وأنكر المدعى عليه أن يكون هذا المدعي أخاه، وَامْتِنَاعِ الرُّجُوعِ فِي الهِبَةِ، بأن أراد الواهب الرجوع في الهبة فقال الموهوب له: أنا أخوك، فإنه يستحلف المدعى عليه علىٰ ما يدعي من النسب بالإجماع، ولكن إن نكل ثبت ما ادَّعى من المال أو الحق لا النسب.

قَالَ: (وَمَنِ ادَّعَىٰ قِصَاصًا عَلَىٰ غَيْرِهِ فَجَحَدَهُ أُسْتُحْلِفَ) بِالْإِجْمَاعِ (ثُمَّ إِنْ نَكَلَ عَنِ اليَمِينِ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ يَلْزَمُهُ القِصَاصُ، وَإِنْ نَكَلَ فِي النَّفْسِ حُبِسَ حَتَّىٰ يَحْلِفَ أَوْ يُقِرَّ) وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَالَا: لَزِمَهُ الأَرْشُ فِيهِمَا لِأَنَّ النُّكُولَ إِقْرَارٌ فِيهِ شُبْهَةٌ عِنْدَهُمَا فَلَا يَثْبُتُ بِهِ القِصَاصُ وَيَجِبُ بِهِ المَالُ، خُصُوصًا إِذَا كَانَ امْتِنَاعُ القِصَاصِ لِمَعْنًى مِنْ جِهَةِ مَنْ عَلَيْهِ، كَمَا إِذَا أَقَرَّ بِالْخَطَإِ وَالْوَلِيُّ يَدَّعِي العَمْدَ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ الأَطْرَافَ يُسْلَكُ بِهَا مَسْلَكَ الأَمْوَالِ فَيَجْرِي فِيهَا البَذْلُ، بِخِلَافِ الأَنْفُسِ فَإِنَّهُ لَوْ قَالَ اقْطَعْ يَدِي فَقَطَعَهَا لَا يَجِبُ الضَّمَانُ، وَهٰذَا إِعْمَالٌ لِلْبَذْلِ إِلَّا أَنَّهُ لَا يُبَاحُ لِعَدَمِ الفَائِدَةِ، وَهٰذَا البَذْلُ مُفِيدٌ لِانْدِفَاعِ الخُصُومَةِ بِهِ فَصَارَ كَقَطْعِ اليَدِ لِلْآكِلَةِ وَقَلْعِ

قوله: خُصُوصًا إِذَا كَانَ امْتِنَاعُ القِصَاصِ لِمَعْنًى مِنْ جِهَةِ مَنْ عَلَيْهِ، الأصل امتناع القصاص إذا كان لمعنًى من جهة من عليه القصاص يجب المال، وإذا كان امتناع القصاص لمعنًى من جهة من له القصاص لا يجب على المدَّعىٰ عليه شيءٌ لا القصاص ولا المال، كما إذا أقام مُدَّعٍ ادَّعى القصاص علىٰ ما ادَّعىٰ رجلاً وامرأتين أو الشهادة على الشهادة، وكما إذا ادَّعى الوليُّ الخطأ والقاتل العمد، وإذا كان امتناع القصاص لمعنًى من جهة من عليه يجب المال، كما إذا أقرَّ بالخطأ والوليُّ يدعي العمد.

قوله: وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ أَنَّ الأَطْرَافَ يُسْلَكُ بِهَا مَسْلَكَ الأَمْوَالِ فَيَجْرِي فِيهَا البَذْلُ، فإن قيل: لمَّا قطع الطرف وكان عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ أنَّ الأطراف يسلك بِها مسلك الأموال كان ينبغي أن يجري الاستحلاف في قطع السرقة أيضًا ويثبت

السِّنِّ لِلْوَجَعِ، وَإِذَا امْتَنَعَ الْقِصَاصُ فِي النَّفْسِ وَالْيَمِينُ حَقٌّ مُسْتَحَقٌّ يُحْبَسُ بِهِ كَمَا فِي الْقَسَامَةِ.

قَالَ: (وَإِذَا قَالَ الْمُدَّعِي لِي بَيِّنَةٌ حَاضِرَةٌ قِيلَ لِخَصْمِهِ أَعْطِهِ كَفِيلًا بِنَفْسِكَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ) كَيْ لَا يَغِيبَ نَفْسُهُ فَيَضِيعَ حَقُّهُ وَالْكَفَالَةُ بِالنَّفْسِ جَائِزَةٌ عِنْدَنَا وَقَدْ مَرَّ مِنْ قَبْلُ، وَأَخْذُ الْكَفِيلِ بِمُجَرَّدِ الدَّعْوَى اسْتِحْسَانٌ عِنْدَنَا لِأَنَّ فِيهِ نَظَرًا لِلْمُدَّعِي وَلَيْسَ فِيهِ كَثِيرُ ضَرَرٍ بِالْمُدَّعَىٰ عَلَيْهِ وَهٰذَا لِأَنَّ الْحُضُورَ مُسْتَحَقٌّ عَلَيْهِ بِمُجَرَّدِ الدَّعْوَىٰ حَتَّىٰ يُعَدَّىٰ عَلَيْهِ وَيُحَالُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَشْغَالِهِ فَصَحَّ التَّكْفِيلُ بِإِحْضَارِهِ، وَالتَّقْدِيرُ بِثَلَاثَةِ أَيَّامٍ مَرْوِيٌّ

القطع عند النكول، كما في النكول في قصاص الأطراف، قلنا: القطع في السرقة خالصُ حقِّ الله تعالى جزاءً فلا يثبت مع الشبهة، أمَّا القصاص في الطَّرف فحقُّ العبد الذي يسلك به مسلك الأموال فقوبل مقابلة الأموال في ثبوته مع الشبهة.

قوله: وَإِذَا قَالَ الْمُدَّعِي لِي بَيِّنَةٌ حَاضِرَةٌ قِيلَ لِخَصْمِهِ أَعْطِهِ كَفِيلًا بِنَفْسِكَ، وله أن يطلب وكيلاً حتَّىٰ لو غاب الأصيل يقيم البينة على الوكيل فيقضىٰ عليه، وإن أعطاه وكيلاً له أن يطالبه بالكفيل بنفس الوكيل، فإذا أعطاه كفيلًا بنفس الوكيل له أن يطالبه بكفيل الأصيل إذا كان المدَّعى دينًا لأنَّ الدين يستوفى من ذمة الأصيل دون الوكيل، فلو أخذ كفيلاً بالمال له أن يطلب كفيلاً بنفس الأصيل لأنَّ الاستيفاء من الأصيل قد يكون أيْسَر وإن كان المدَّعىٰ منقولاً له أن يطالبه مع ذلك بكفيل بالعين ليحضرها ولا يغيبها المدَّعى عليه وصحَّ أن يكون الواحد كفيلاً بالنفس وكيلاً بالخصومة لأنَّ الواحد يقوم بِهما.

قوله: وَلَيْسَ فِيهِ كَثِيرُ ضَرَرٍ بِالْمُدَّعَىٰ عَلَيْهِ، لأنه إن لم يكن من قصده الاختفاء لا

عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَهُوَ الصَّحِيحُ، وَلَا فَرْقَ فِي الظَّاهِرِ بَيْنَ الخَامِلِ وَالْوَجِيهِ وَالْحَقِيرِ مِنَ المَالِ وَالْخَطِيرِ، ثُمَّ لَا بُدَّ مِنْ قَوْلِهِ لِي بَيِّنَةٌ حَاضِرَةٌ لِلتَّكْفِيلِ وَمَعْنَاهُ فِي المِصْرِ، حَتَّىٰ لَوْ قَالَ المُدَّعِي لَا بَيِّنَةَ لِي أَوْ شُهُودِي غُيَّبٌ لَا يُكْفَلُ لِعَدَمِ الفَائِدَةِ.

قَالَ: (فَإِنْ فَعَلَ وَإِلَّا أُمِرَ بِمُلَازَمَتِهِ) كَيْ لَا يَذْهَبَ حَقُّهُ (إِلَّا أَنْ يَكُونَ غَرِيبًا فَيُلَازِمَ مِقْدَارَ مَجْلِسِ القَاضِي) وَكَذَا لَا يُكْفَلُ إِلَّا إِلَىٰ آخِرِ المَجْلِسِ، فَالِاسْتِثْنَاءُ مُنْصَرِفٌ إِلَيْهِمَا لِأَنَّ فِي أَخْذِ الكَفِيلِ وَالْمُلَازَمَةِ زِيَادَةً عَلَىٰ ذَٰلِكَ إِضْرَارًا بِهِ بِمَنْعِهِ عَنِ السَّفَرِ وَلَا ضَرَرَ فِي هَٰذَا المِقْدَارِ ظَاهِرًا، وَكَيْفِيَّةُ المُلَازَمَةِ نَذْكُرُهَا فِي كِتَابِ الحَجْرِ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَىٰ.

يتضرَّر، وإن كان من قصده الاختفاء كان ظالمًا فلا ينظر له فيكفل احتياطًا.

قوله: وَهُوَ الصَّحِيحُ، وعن أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ: مقدَّر بمجلس القاضي، ولا فرق في الظاهر بين الحامل والوجيه والحقير من المال والخطير، وعن محمد رحمه الله تعالى أنه إن كان معروفًا والظاهر أنه لا يخفىٰ نفسه بذلك القدر لا يجبر على إعطاء الكفيل، وكذا لو كان المدعى حقيرًا لا يخفي المرء نفسه بذلك القدر لا يجبر على إعطاء الكفيل.

قوله: فَالِاسْتِثْنَاءُ مُنْصَرِفٌ إِلَيْهِمَا، أي أخذ الكفيل والملازمة، والله تعالىٰ أعلم.

فَصْلٌ فِي كَيْفِيَّةِ اليَمِينِ وَالِاسْتِحْلَافِ

قَالَ: (وَالْيَمِينُ بِاللهِ عَزَّ وَجَلَّ دُونَ غَيْرِهِ) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «مَنْ كَانَ مِنْكُمْ حَالِفًا فَلْيَحْلِفْ بِاللهِ أَوْ لِيَذَرْ» وَقَالَ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «مَنْ حَلَفَ بِغَيْرِ اللهِ فَقَدْ أَشْرَكَ» (وَقَدْ تُؤَكَّدُ بِذِكْرِ أَوْصَافِهِ) وَهُوَ التَّغْلِيظُ، وَذٰلِكَ مِثْلُ قَوْلِهِ: قُلْ: وَاللهِ الَّذِي لَا إِلٰهَ إِلَّا هُوَ عَالِمُ الغَيْبِ وَالشَّهَادَةِ، هُوَ الرَّحْمٰنُ الرَّحِيمِ الَّذِي يَعْلَمُ مِنَ السِّرِّ مَا يَعْلَمُ مِنَ العَلَانِيَةِ، مَا لِفُلَانٍ هٰذَا عَلَيْكَ وَلَا قِبَلَكَ هٰذَا المَالُ الَّذِي ادَّعَاهُ وَهُوَ كَذَا وَكَذَا وَلَا شَيْءَ مِنْهُ. وَلَهُ أَنْ يَزِيدَ فِي التَّغْلِيظِ عَلَىٰ هٰذَا وَلَهُ أَنْ يَنْقُصَ مِنْهُ، إِلَّا أَنَّهُ يَحْتَاطُ فِيهِ كَيْ لَا يَتَكَرَّرَ عَلَيْهِ اليَمِينُ، لِأَنَّ المُسْتَحَقَّ يَمِينٌ وَاحِدَةٌ، وَالْقَاضِي بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ غَلَّظَ وَإِنْ شَاءَ لَمْ يُغَلِّظْ فَيَقُولُ: قُلْ بِاللهِ أَوْ وَاللهِ، وَقِيلَ: لَا يُغَلِّظُ عَلَى المَعْرُوفِ بِالصَّلَاحِ وَيُغَلِّظُ عَلَىٰ غَيْرِهِ، وَقِيلَ: يُغَلِّظُ فِي الخَطِيرِ مِنَ المَالِ دُونَ الحَقِيرِ.

قَالَ: (وَلَا يَسْتَحْلِفُ بِالطَّلَاقِ وَلَا بِالْعَتَاقِ) لِمَا رَوَيْنَا، ....

فصل في كيفية اليمين والاستحلاف

قوله: إِلَّا أَنَّهُ يَحْتَاطُ فِيهِ كَيْ لَا يَتَكَرَّرَ عَلَيْهِ اليَمِينُ، والاحتياط أن يذكر بغير واوٍ، فلو ذكر: والله والرحمن والرحيم بالواوات صارت ثلاثة أيمان والمستحق يمينٌ واحدةٌ.

وَقِيلَ فِي زَمَانِنَا إِذَا أَلَحَّ الخَصْمُ سَاغَ لِلْقَاضِي أَنْ يَحْلِفَ بِذٰلِكَ لِقِلَّةِ المُبَالَاةِ بِالْيَمِينِ بِاللهِ وَكَثْرَةِ الِامْتِنَاعِ بِسَبَبِ الحَلِفِ بِالطَّلَاقِ.

قَالَ: (وَيَسْتَحْلِفُ اليَهُودِيَّ بِاللهِ الَّذِي أَنْزَلَ التَّوْرَاةَ عَلَىٰ مُوسَىٰ - عَلَيْهِ السَّلَامُ -، وَالنَّصْرَانِيَّ بِاللهِ الَّذِي أَنْزَلَ الإِنْجِيلَ عَلَىٰ عِيسَىٰ - عَلَيْهِ السَّلَامُ -) «لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - لِابْنِ صُورِيَّا الأَعْوَرِ: أَنْشُدُكَ بِاللهِ الَّذِي أَنْزَلَ التَّوْرَاةَ عَلَىٰ مُوسَىٰ أَنَّ حُكْمَ الزِّنَا فِي كِتَابِكُمْ هٰذَا» وَلِأَنَّ اليَهُودِيَّ يَعْتَقِدُ نُبُوَّةَ مُوسَىٰ وَالنَّصْرَانِيَّ نُبُوَّةَ عِيسَىٰ - عَلَيْهِمَا السَّلَامُ - فَيُغَلَّظُ عَلَىٰ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِذِكْرِ المُنَزَّلِ عَلَىٰ نَبِيِّهِ (وَ) يَسْتَحْلِفُ (الْمَجُوسِيَّ بِاللهِ الَّذِي خَلَقَ النَّارَ) وَهٰكَذَا ذَكَرَ مُحَمَّدٌ - رَحِمَهُ اللهُ - فِي الأَصْلِ. وَيُرْوَىٰ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - فِي النَّوَادِرِ لِأَنَّهُ لَا يَسْتَحْلِفُ أَحَدًا إِلَّا بِاللهِ خَالِصًا. وَذَكَرَ الخَصَّافُ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ لَا

قوله: وَقِيلَ فِي زَمَانِنَا إِذَا أَلَحَّ الخَصْمُ سَاغَ لِلْقَاضِي أَنْ يَحْلِفَ بِذٰلِكَ لِقِلَّةِ المُبَالَاةِ بِالْيَمِينِ بِاللهِ، وفي الفصول: أنَّ القاضي إذا حلف المدَّعى عليه بالطلاق فنكل لا يقضى عليه بالنكول لأنه نكل عما هو منهي عنه شرعًا، وفي الخلاصة: ولو حلفه القاضي بالطلاق فنكل فقضى بالمال لا ينفذ قضاؤه، وذكر الإمام قاضي خان رحمه الله تعالى في فتاواه: وإن أراد المدعي تحليفه بالطلاق أو العتاق ففي ظاهر الرواية لا يجيبه القاضي إلىٰ ذلك لأنَّ التحليف بالطلاق أو العتاق ونحو ذلك حرامٌ، وبعضهم جوزوا ذلك في زماننا، والصحيح ظاهر الرواية.

قوله: لِابْنِ صُورِيَّا، ذكر في المغرب: ابن صُوريا، بالقصر اسمٌ أعجميٌّ.

يَسْتَحْلِفُ غَيْرَ اليَهُودِيِّ وَالنَّصْرَانِيِّ إِلَّا بِاللهِ، وَهُوَ اخْتِيَارُ بَعْضِ مَشَايِخِنَا لِأَنَّ فِي ذِكْرِ النَّارِ مَعَ اسْمِ اللهِ تَعَالَىٰ تَعْظِيمًا وَمَا يَنْبَغِي أَنْ تُعَظَّمَ، بِخِلَافِ الكِتَابَيْنِ لِأَنَّ كُتُبَ اللهِ مُعَظَّمَةٌ (وَالْوَثَنِيُّ لَا يَحْلِفُ إِلَّا بِاللهِ) لِأَنَّ الكَفَرَةَ بِأَسْرِهِمْ يَعْتَقِدُونَ اللهَ تَعَالَىٰ، قَالَ اللهُ تَعَالَىٰ ﴿وَلَئِنْ سَأَلْتَهُمْ مَنْ خَلَقَ السَّمَاوَاتِ وَالأَرْضَ لَيَقُولُنَّ اللهُ﴾ [لقمان: ٢٥].

قَالَ: (وَلَا يَحْلِفُونَ فِي بُيُوتِ عِبَادَتِهِمْ) لِأَنَّ القَاضِيَ لَا يَحْضُرُهَا بَلْ هُوَ مَمْنُوعٌ عَنْ ذٰلِكَ. قَالَ: (وَلَا يَجِبُ تَغْلِيظُ اليَمِينِ عَلَى المُسْلِمِ بِزَمَانٍ وَلَا مَكَان) لِأَنَّ المَقْصُودَ تَعْظِيمُ المُقْسَمِ بِهِ وَهُوَ حَاصِلٌ بِدُونِ ذٰلِكَ، وَفِي إِيجَابِ ذٰلِكَ حَرَجٌ عَلَى القَاضِي حَيْثُ يُكَلَّفُ حُضُورُهَا وَهُوَ مَدْفُوعٌ.

قَالَ: (وَمَنِ ادَّعَىٰ أَنَّهُ ابْتَاعَ مِنْ هٰذَا عَبْدَهُ بِأَلْفٍ فَجَحَدَ اسْتُحْلِفَ بِاللهِ مَا بَيْنَكُمَا بَيْعٌ قَائِمٌ فِيهِ وَلَا يُسْتَحْلَفُ بِاللهِ مَا بِعْتُ) لِأَنَّهُ قَدْ يُبَاعُ العَيْنُ ثُمَّ يُقَالُ فِيهِ (وَيُسْتَحْلَفُ فِي الغَصْبِ بِاللهِ مَا يَسْتَحِقُّ عَلَيْكَ رَدَّهُ وَلَا يَحْلِفُ بِاللهِ مَا غَصَبْتُ) لِأَنَّهُ قَدْ يَغْصِبُ ثُمَّ يَفْسَخُ بِالْهِبَةِ وَالْبَيْعِ (وَفِي النِّكَاحِ

قوله: بَلْ هُوَ مَمْنُوعٌ عَنْ ذٰلِكَ، لِمَا في ذلك تعظيم تلك البيوت، ولا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمانٍ ولا مكانٍ، وقال الشافعي رحمه الله تعالى: إن كانت اليمين في قسامةٍ أو لعانٍ أو في مال عظيمٍ يبلغ عشرين مثقالاً لا يختصُّ بالمكان فبين الركن والمقام إن كان بمكة وعند منبر النبيِّ عليه الصلاة والسلام في المدينة والمسجد الجامع في غيرهما والمسجد إن لم يكن ثمَّة جامع وبالزمان بعد العصر يوم الجمعة.

بِاللهِ مَا بَيْنَكُمَا نِكَاحٌ قَائِمٌ فِي الحَالِ) لِأَنَّهُ قَدْ يَطْرَأُ عَلَيْهِ الخُلْعُ (وَفِي دَعْوَى الطَّلَاقِ بِاللهِ مَا هِيَ بَائِنٌ مِنْكَ السَّاعَةَ بِمَا ذَكَرْتُ وَلَا يَسْتَحْلِفُ بِاللهِ مَا طَلَّقَهَا) لِأَنَّ النِّكَاحَ قَدْ يُجَدَّدُ بَعْدَ الإِبَانَةِ فَيَحْلِفُ عَلَى الحَاصِلِ فِي هٰذِهِ الوُجُوهِ، لِأَنَّهُ لَوْ حَلَفَ عَلَى السَّبَبِ يَتَضَرَّرُ المُدَّعَىٰ عَلَيْهِ، وَهٰذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللهُ. أَمَّا عَلَىٰ قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - يَحْلِفُ فِي جَمِيعِ ذٰلِكَ عَلَى السَّبَبِ إِلَّا إِذَا عَرَّضَ بِمَا ذَكَرْنَا فَحِينَئِذٍ يَحْلِفُ عَلَى الحَاصِلِ. وَقِيلَ: يَنْظُرُ إِلَىٰ إِنْكَارِ المُدَّعَىٰ عَلَيْهِ إِنْ أَنْكَرَ السَّبَبَ يَحْلِفُ عَلَيْهِ، وَإِنْ أَنْكَرَ الحُكْمَ يَحْلِفُ عَلَى الحَاصِلِ. فَالْحَاصِلُ هُوَ الأَصْلُ عِنْدَهُمَا إِذَا كَانَ سَبَبًا يَرْتَفِعُ إِلَّا إِذَا كَانَ فِيهِ تَرْكُ النَّظَرِ فِي جَانِبِ المُدَّعِي فَحِينَئِذٍ يَحْلِفُ عَلَى السَّبَبِ بِالْإِجْمَاعِ، وَذٰلِكَ أَنْ تَدَّعِيَ مَبْتُوتَةٌ نَفَقَةَ العِدَّةِ وَالزَّوْجُ مِمَّنْ لَا يَرَاهَا، أَوِ ادَّعَىٰ شُفْعَةً بِالْجِوَارِ وَالْمُشْتَرِي لَا يَرَاهَا، لِأَنَّهُ لَوْ حَلَفَ عَلَى الحَاصِلِ يَصْدُقُ فِي يَمِينِهِ فِي مُعْتَقَدِهِ فَيَفُوتُ النَّظَرُ فِي حَقِّ المُدَّعِي، وَإِنْ كَانَ سَبَبًا لَا يَرْتَفِعُ بِرَافِعٍ فَالتَّحْلِيفُ عَلَى السَّبَبِ بِالْإِجْمَاعِ (كَالْعَبْدِ المُسْلِمِ إِذَا ادَّعَى العِتْقَ

قوله: إِلَّا إِذَا عَرَّضَ بِمَا ذَكَرْنَا، أي عرض المدَّعىٰ عليه، والتعريض أن يقول للقاضي حين أراد أن يستحلفه على السبب وقال له: قل والله ما بعتُ أيُّها القاضي، البيع قد يقال وكذا في أخواته بأن يقول: الغصب قد يفسخ بالهبة، أو: البيع والنكاح قد يطرأ عليه الخلع، والنكاح قد يجدد بعد الإبانة.

عَلَىٰ مَوْلَاهُ، بِخِلَافِ الأَمَةِ وَالْعَبْدِ الكَافِرِ) لِأَنَّهُ يُكَرِّرُ الرِّقَّ عَلَيْهَا بِالرِّدَّةِ وَاللِّحَاقِ وَعَلَيْهِ بِنَقْضِ العَهْدِ وَاللِّحَاقِ، وَلَا يُكَرِّرُ عَلَى العَبْدِ المُسْلِمِ.

قَالَ: (وَمَنْ وَرِثَ عَبْدًا وَادَّعَاهُ آخَرُ يَسْتَحْلِفُ عَلَىٰ عِلْمِهِ) لِأَنَّهُ لَا عِلْمَ لَهُ بِمَا صَنَعَ المُوَرِّثُ فَلَا يَحْلِفُ عَلَى البَتَاتِ (وَإِنْ وَهَبَ لَهُ أَوِ اشْتَرَاهُ يَحْلِفُ عَلَى البَتَاتِ) لِوُجُودِ المُطْلَقِ لِلْيَمِينِ إِذِ الشِّرَاءُ سَبَبٌ لِثُبُوتِ المِلْكِ وَضْعًا وَكَذَا الهِبَةُ.

قوله: لَا عِلْمَ لَهُ بِمَا صَنَعَ المُوَرِّثُ، وذكر فخر الإسلام رحمه الله تعالىٰ في الجامع الصغير: المشتري والموهوب له مالكٌ بسبب شرعيّ وُضِعَ له، وهذا يفيده علمًا بأنه ملكه لا ملكُ غيره فصحَّ تحليفه بالبتات، فإن أبىٰ فقد امتنع عمَّا هو مطلقٌ له فصار باذلاً، فأمَّا الوارث فلا علم له بما صنع المورث فطولب بعلم إن كان له، وإذا لم يفعل مع الإمكان صار باذلاً، وذكر الإمام اللامشي[1] رحمه الله تعالىٰ: أنَّ في كل موضع وجبت اليمين على البتات فالحلف على العلم لا يكون معتبرًا، وإذا نكل عن اليمين على العلم لا يعتبر ذلك النكول، ولو وجبت على العلم فحلف على البتات يسقط عنه الحلف على العلم، ولو نكل عنه يقضيٰ عليه لأنَّ الحلف على البتات أقوىٰ.

قوله: إِذِ الشِّرَاءُ سَبَبٌ لِثُبُوتِ المِلْكِ وَضْعًا وَكَذَا الهِبَةُ، يريدُ به أنَّ الشراء سببٌ يثبت باختيار المشتري ومباشرته، ولو لم يعلم المشتري بأنَّ ذلك العين الذي اشتراه ملك

(١) هو الإمام أبو الثناء محمود بن زيد اللامشي الحنفي الماتريدي، واللامشي نسبة إلى «لامِش» من قُرىٰ فرغانة من بلاد ما وراء النَّهر، وقد كان حيًّا سنة ٥٣٩ هجرية، انظر: الجواهر المضية ٣/ ٤٣٧، ومقدمة كتاب «التمهيد لقواعد التوحيد» للامشي، بتحقيق عبد المجيد التركي، طبعة دار الغرب الإسلامي، سنة ١٩٩٥م.

قَالَ: (وَمَنِ ادَّعَىٰ عَلَىٰ آخَرَ مَالًا فَافْتَدَىٰ يَمِينَهُ أَوْ صَالَحَهُ مِنْهَا عَلَىٰ عَشْرَةٍ فَهُوَ جَائِزٌ) وَهُوَ مَأْثُورٌ عَنْ عُثْمَانَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -. (وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَسْتَحْلِفَهُ عَلَىٰ تِلْكَ اليَمِينِ أَبَدًا) لِأَنَّهُ أَسْقَطَ حَقَّهُ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

البائع لَمَا باشر الشراء باختياره، وكذا الموهوب له في قبول الهبة، بخلاف الإرث فإنه يثبت الملك للوارث جبراً من غير اختياره، والله أعلم بالصوب.

* * *

بَابُ التَّحَالُفِ

قَالَ: (وَإِذَا اخْتَلَفَ الْمُتَبَايِعَانِ فِي الْبَيْعِ فَادَّعَىٰ أَحَدُهُمَا ثَمَنًا وَادَّعَى الْبَائِعُ أَكْثَرَ مِنْهُ أَوِ اعْتَرَفَ الْبَائِعُ بِقَدْرٍ مِنَ الْمَبِيعِ وَادَّعَى الْمُشْتَرِي أَكْثَرَ مِنْهُ فَأَقَامَ أَحَدُهُمَا الْبَيِّنَةَ قُضِيَ لَهُ بِهَا) لِأَنَّ فِي الْجَانِبِ الْآخَرِ مُجَرَّدَ الدَّعْوَىٰ وَالْبَيِّنَةُ أَقْوَىٰ مِنْهَا (وَإِنْ أَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةً كَانَتِ الْبَيِّنَةُ الْمُثْبِتَةُ لِلزِّيَادَةِ أَوْلَىٰ) لِأَنَّ الْبَيِّنَاتِ لِلْإِثْبَاتِ وَلَا تَعَارُضَ فِي الزِّيَادَةِ (وَلَوْ كَانَ الِاخْتِلَافُ فِي الثَّمَنِ وَالْمَبِيعِ جَمِيعًا فَبَيِّنَةُ الْبَائِعِ أَوْلَىٰ فِي الثَّمَنِ وَبَيِّنَةُ الْمُشْتَرِي أَوْلَىٰ فِي الْمَبِيعِ) نَظَرًا إِلَىٰ زِيَادَةِ الْإِثْبَاتِ. (وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةٌ قِيلَ لِلْمُشْتَرِي إِمَّا أَنْ تَرْضَىٰ بِالثَّمَنِ الَّذِي ادَّعَاهُ الْبَائِعُ وَإِلَّا فَسَخْنَا الْبَيْعَ، وَقِيلَ لِلْبَائِعِ إِمَّا أَنْ تُسَلِّمَ مَا ادَّعَاهُ الْمُشْتَرِي مِنَ الْمَبِيعِ وَإِلَّا فَسَخْنَا الْبَيْعَ) لِأَنَّ الْمَقْصُودَ قَطْعُ الْمُنَازَعَةِ، وَهٰذِهِ جِهَةٌ فِيهِ لِأَنَّهُ رُبَّمَا لَا يَرْضَيَانِ بِالْفَسْخِ فَإِذَا عَلِمَا بِهِ يَتَرَاضَيَانِ بِهِ (فَإِنْ لَمْ يَتَرَاضَيَا اسْتَحْلَفَ الْحَاكِمُ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَىٰ دَعْوَى الْآخَرِ) وَهٰذَا التَّحَالُفُ قَبْلَ الْقَبْضِ عَلَىٰ وِفَاقِ الْقِيَاسِ، لِأَنَّ الْبَائِعَ يَدَّعِي زِيَادَةَ الثَّمَنِ وَالْمُشْتَرِيَ يُنْكِرُهُ، وَالْمُشْتَرِيَ يَدَّعِي وُجُوبَ تَسْلِيمِ الْمَبِيعِ بِمَا نَقَدَ وَالْبَائِعَ يُنْكِرُهُ، فَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُنْكِرٌ فَيَحْلِفُ؛ فَأَمَّا بَعْدَ الْقَبْضِ فَمُخَالِفٌ لِلْقِيَاسِ لِأَنَّ الْمُشْتَرِيَ لَا يَدَّعِي شَيْئًا لِأَنَّ الْمَبِيعَ سَالِمٌ لَهُ فَبَقِيَ دَعْوَى الْبَائِعِ فِي زِيَادَةِ

الثَّمَنِ وَالْمُشْتَرِي يُنْكِرُهَا فَيُكْتَفَىٰ بِحَلِفِهِ، لٰكِنَّا عَرَفْنَاهُ بِالنَّصِّ وَهُوَ قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «إِذَا اخْتَلَفَ الْمُتَبَايِعَانِ وَالسِّلْعَةُ قَائِمَةٌ بِعَيْنِهَا تَحَالَفَا وَتَرَادَّا». (وَيَبْتَدِئُ بِيَمِينِ الْمُشْتَرِي) وَهٰذَا قَوْلُ مُحَمَّدٍ وَأَبِي يُوسُفَ آخِرًا، وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَهُوَ الصَّحِيحُ لِأَنَّ الْمُشْتَرِيَ أَشَدُّهُمَا إِنْكَارًا لِأَنَّهُ يُطَالِبُ أَوَّلًا بِالثَّمَنِ وَلِأَنَّهُ يَتَعَجَّلُ فَائِدَةَ النُّكُولِ وَهُوَ إِلْزَامُ الثَّمَنِ، وَلَوْ بُدِئَ بِيَمِينِ الْبَائِعِ تَتَأَخَّرُ الْمُطَالَبَةُ بِتَسْلِيمِ الْمَبِيعِ إِلَىٰ زَمَانِ اسْتِيفَاءِ الثَّمَنِ. وَكَانَ أَبُو يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - يَقُولُ أَوَّلًا: يَبْدَأُ بِيَمِينِ الْبَائِعِ لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «إِذَا اخْتَلَفَ الْمُتَبَايِعَانِ فَالْقَوْلُ مَا قَالَهُ الْبَائِعُ» خَصَّهُ بِالذِّكْرِ، وَأَقَلُّ فَائِدَتِهِ التَّقْدِيمُ.

(وَإِنْ كَانَ بَيْعُ عَيْنٍ بِعَيْنٍ أَوْ ثَمَنٍ بِثَمَنٍ بَدَأَ الْقَاضِي بِيَمِينِ أَيِّهِمَا شَاءَ) لِاسْتِوَائِهِمَا (وَصِفَةُ الْيَمِينِ أَنْ يَحْلِفَ الْبَائِعُ بِاللهِ مَا بَاعَهُ بِأَلْفٍ وَيَحْلِفَ الْمُشْتَرِي بِاللهِ مَا اشْتَرَاهُ بِأَلْفَيْنِ) وَقَالَ فِي الزِّيَادَاتِ: يَحْلِفُ بِاللهِ مَا بَاعَهُ

باب التحالف

قوله: وَلَوْ بُدِئَ بِيَمِينِ الْبَائِعِ تَتَأَخَّرُ الْمُطَالَبَةُ بِتَسْلِيمِ الْمَبِيعِ إِلَىٰ زَمَانِ اسْتِيفَاءِ الثَّمَنِ، لأنه يقال له: أمسك المبيع إلىٰ أن تستوفي الثمن، فكان تقديم ما يتعجّل فائدته أولىٰ.

قوله: وَأَقَلُّ فَائِدَتِهِ التَّقْدِيمُ، أي أنَّ النبي عليه الصلاة والسلام جعل القول قول

بِأَلْفٍ وَلَقَدْ بَاعَهُ بِأَلْفَيْنِ، يَحْلِفُ الْمُشْتَرِي بِاللهِ مَا اشْتَرَاهُ بِأَلْفَيْنِ وَلَقَدِ اشْتَرَاهُ بِأَلْفٍ يَضْمَنُ الإِثْبَاتُ إِلَى النَّفْيِ تَأْكِيدًا، وَالْأَصَحُّ الِاقْتِصَارُ عَلَى النَّفْيِ لِأَنَّ الأَيْمَانَ عَلَىٰ ذٰلِكَ وُضِعَتْ، دَلَّ عَلَيْهِ حَدِيثُ القَسَامَةِ «بِاللهِ مَا قَتَلْتُمْ وَلَا عَلِمْتُمْ لَهُ قَاتِلًا».

قَالَ: (فَإِنْ حَلَفَا فَسَخَ القَاضِي البَيْعَ بَيْنَهُمَا) وَهٰذَا يَدُلُّ عَلَىٰ أَنَّهُ لَا يَنْفَسِخُ بِنَفْسِ التَّحَالُفِ لِأَنَّهُ لَمْ يَثْبُتْ مَا ادَّعَاهُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فَيَبْقَىٰ بَيْعٌ مَجْهُولٍ فَيَفْسَخُهُ القَاضِي قَطْعًا لِلْمُنَازَعَةِ. أَوْ يُقَالُ إِذَا لَمْ يَثْبُتِ البَدَلُ يَبْقَىٰ بَيْعًا بِلَا بَدَلٍ وَهُوَ فَاسِدٌ وَلَا بُدَّ مِنَ الفَسْخِ فِي البَيْعِ الفَاسِدِ.

البائع، وهذا يقتضي الاكتفاء بيمينه، فإن كان لا يكتفىٰ بيمينه فلا أقلَّ من أن يبدأ بيمينه.

قوله: يَضْمَنُ الإِثْبَاتُ إِلَى النَّفْيِ تَأْكِيدًا، بيانه: أنه لو حلف المشتري بالله ما اشتراه بالغبن رُبَّما يحلف ويكون بارًّا في يمينه فلعله اشتراه بألفٍ وتسع مائة فيبطل حق البائع في الزيادة، وكذا البائع لو حلف بالله ما باعه بألف ربما يحلف لجواز أنه باعه بألف ودرهمٍ ويكون صادقًا في يمينه أنه لم يبع بألف درهم فيبطل حقُّ المدعي والأصح الاقتصار على النفي لأنَّ الأيمان وُضعت للنفي، دلَّ عليه حديث القسامة: بالله ما قتلتم ولا علمتم له قاتلاً، ولا عبرة بذلك الوهم لأنَّ البائع لو كان باعه بألف وتسع مائة لا يدعى البيع بألفين لأنه يعلم أنَّ المشتري متىٰ حلف على دعواه لا يبالي بالحلف لأنه لا يحنث في يمينه، وكذا المشتري لو كان اشتراه بألف ودرهم لا يدعي الشراء بألف لأنه يعلم أنَّ البائع لا يبالي بالحلف علىٰ ألف لأنه لا يحنث في يمينه.

قوله: فَإِنْ حَلَفَا فَسَخَ القَاضِي البَيْعَ بَيْنَهُمَا، أي إن طلباه أو طلب أحدهما، وقيل

قَالَ: (وَإِنْ نَكَلَ أَحَدُهُمَا عَنِ اليَمِينِ لَزِمَهُ دَعْوَى الآخَرِ) لِأَنَّهُ جُعِلَ بَاذِلًا فَلَمْ يَبْقَ دَعْوَاهُ مُعَارِضًا لِدَعْوَى الآخَرِ فَلَزِمَ القَوْلُ بِثُبُوتِهِ.

قَالَ: (وَإِنِ اخْتَلَفَا فِي الأَجَلِ أَوْ فِي شَرْطِ الخِيَارِ أَوْ فِي اسْتِيفَاءِ بَعْضِ الثَّمَنِ فَلَا تَحَالُفَ بَيْنَهُمَا) لِأَنَّ هٰذَا اخْتِلَافٌ فِي غَيْرِ المَعْقُودِ عَلَيْهِ وَالْمَعْقُودِ بِهِ، فَأَشْبَهَ الِاخْتِلَافَ فِي الحَطِّ وَالإِبْرَاءِ، وَهٰذَا لِأَنَّ بِانْعِدَامِهِ لَا يَخْتَلُّ مَا بِهِ قِوَامُ العَقْدِ، بِخِلَافِ الِاخْتِلَافِ فِي وَصْفِ الثَّمَنِ وَجِنْسِهِ حَيْثُ يَكُونُ بِمَنْزِلَةِ الِاخْتِلَافِ فِي القَدْرِ فِي جَرَيَانِ التَّحَالُفِ لِأَنَّ ذٰلِكَ يَرْجِعُ إِلَىٰ نَفْسِ الثَّمَنِ فَإِنَّ الثَّمَنَ دَيْنٌ وَهُوَ يُعْرَفُ بِالْوَصْفِ، وَلَا كَذٰلِكَ الأَجَلُ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِوَصْفٍ؛ أَلَا تَرَىٰ أَنَّ الثَّمَنَ مَوْجُودٌ بَعْدَ مُضِيِّهِ (وَالْقَوْلُ

ينفسخ بنفس التحالف، والصحيح هو الأول لأنَّهما لمَّا حلفا لم يثبت ما ادَّعاه كل واحد منهما فيبقىٰ بيعًا بثمن مجهول فيفسخه القاضي قطعًا للمنازعة.

قوله: لِأَنَّ هٰذَا اخْتِلَافٌ فِي غَيْرِ المَعْقُودِ عَلَيْهِ وَالْمَعْقُودِ بِهِ، والشرع علَّق وجوب التَّحالف باختلاف المتبايعين، وهو اسم مشتق من البيع فيتعلَّق وجوب التحالف باختلافهما فيما يثبت به البيع، والبيع يثبت بالمبيع والثمن لا بالأجل فكأنه قال: إذا اختلف المتبايعان في المبيع أو الثمن، وقال زفر والشافعي رحمهما الله تعالىٰ: يتحالفان إذا اختلفا في الأجل، لأنَّ هذا في معنى الاختلاف في مقدار مالية الثمن فإنَّ المؤجل أنْقص من الحال فكان ذلك اختلافًا في وصف الثمن؟ قلنا: الأجل ليس بوصف للثمن، ألا ترىٰ أنَّ الثمن موجود بعد مضيه يعني الثمن موجود بعد مضي الأجل، كما استحقه البائع من غير تفاوت، ولو كان الأجل وصفًا للثمن لتغيَّر حق البائع بفوات وصفه، تحقيقه: أنَّ الثمن حقُّ البائع والأجل

قَوْلُ مَنْ يُنْكِرُ الخِيَارَ وَالْأَجَلَ مَعَ يَمِينِهِ) لِأَنَّهُمَا يَثْبُتَانِ بِعَارِضِ الشَّرْطِ وَالْقَوْلُ لِمُنْكِرِ العَوَارِضِ.

قَالَ: (فَإِنْ هَلَكَ المَبِيعُ ثُمَّ اخْتَلَفَا لَمْ يَتَحَالَفَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ وَالْقَوْلُ قَوْلُ المُشْتَرِي. وَقَالَ مُحَمَّدٌ - رَحِمَهُ اللهُ -: يَتَحَالَفَانِ وَيُفْسَخُ البَيْعُ عَلَىٰ قِيمَةِ الهَالِكِ) وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَعَلَىٰ هٰذَا إِذَا خَرَجَ المَبِيعُ عَنْ مِلْكِهِ أَوْ صَارَ بِحَالٍ لَا يَقْدِرُ عَلَىٰ رَدِّهِ بِالْعَيْبِ. لَهُمَا أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَدَّعِي غَيْرَ العَقْدِ الَّذِي يَدَّعِيهِ صَاحِبُهُ وَالآخَرُ يُنْكِرُهُ وَأَنَّهُ يُفِيدُ دَفْعَ زِيَادَةِ الثَّمَنِ فَيَتَحَالَفَانِ؛ كَمَا إِذَا اخْتَلَفَا فِي جِنْسِ الثَّمَنِ بَعْدَ هَلَاكِ السِّلْعَةِ، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ أَنَّ التَّحَالُفَ بَعْدَ القَبْضِ عَلَىٰ خِلَافِ القِيَاسِ لِأَنَّهُ سَلَّمَ لِلْمُشْتَرِي مَا يَدَّعِيهِ وَقَدْ وَرَدَ الشَّرْعُ بِهِ فِي حَالِ قِيَامِ السِّلْعَةِ، وَالتَّحَالُفُ

حق المشتري، ولو كان الأجل وصفًا للثمن لكان تابعًا لأصله في الاستحقاق.

قوله: أَوْ صَارَ بِحَالٍ لَا يَقْدِرُ عَلَىٰ رَدِّهِ بِالْعَيْبِ، وبأن زاد زيادةً متصلةً أو منفصلةً.

قوله: وَأَنَّهُ يُفِيدُ دَفْعَ زِيَادَةِ الثَّمَنِ، يعني دفع زيادة الثمن عن المشتري عند نكول البائع فكان التحالف مفيدًا، ألا ترىٰ أنَّهما لو اختلفا في جنس الثمن بعد هلاك السلعة يتحالفان، بأن ادَّعىٰ أحدهما الدراهم والآخر الدنانير ويلزم المشتري رد القيمة.

قوله: وَقَدْ وَرَدَ الشَّرْعُ بِهِ فِي حَالِ قِيَامِ السِّلْعَةِ، وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادّا» وقوله: والسلعة قائمة، مذكورٌ

فِيهِ يُفْضِي إِلَى الفَسْخِ، وَلَا كَذٰلِكَ بَعْدَ هَلَاكِهَا لِارْتِفَاعِ العَقْدِ فَلَمْ يَكُنْ فِي مَعْنَاهُ وَلِأَنَّهُ لَا يُبَالِي بِالِاخْتِلَافِ فِي السَّبَبِ بَعْدَ حُصُولِ المَقْصُودِ،

علىٰ وجه الشرط، ولا يلزم إطلاق قوله عليه الصلاة والسلام: «إذا اختلف المتبايعان فالقول ما يقوله البائع ويتَرادّان» لأنَّ الأمر بالتَّرادد دليل قيام السلعة، إذ هو تفاعل من الردِّ فيستدعي الردَّ من الجانبين، ولا ذلك إلا بقيام السلعة وليس المراد به ترادا العقد لأنه لا يتصور ذلك، مع أنَّ المطلق والمقيَّد إذا وردا في حادثةٍ واحدةٍ في حكمٍ واحدٍ فالمطلق محمولٌ على المقيَّد.

قوله: فَلَمْ يَكُنْ فِي مَعْنَاهُ، لأنَّ عند قيام السلعة يندفع الضرر عن كل واحد منهما بالتحالف، فإنه ينفسخ العقد ويعود كل واحد منهما إلىٰ رأس ماله بعينه، وبعد هلاكها لا يحصل ذلك، فالعقد بعد هلاك السلعة لا يحتمل الفسخ بالإقالة والردِّ بالعيب فكذا بالتحالف، إذ الفسخ لا يرد إلا علىٰ ما وَرَد عليه العقد.

قوله: وَلِأَنَّهُ لَا يُبَالِي بِالِاخْتِلَافِ فِي السَّبَبِ، جوابٌ عن قولهما أنَّ كلَّ واحد منهما يدعي غير العقد الذي يدعيه صاحبه، أي لا يبالي باختلاف السبب بعد حصول المقصود وهو سلامة المبيع للمشتري حيث سلم له وهلك علىٰ ملكه، سواءٌ كان الأمر علىٰ ما زعم هو أو البائع، وصار بمنزلة اختلافهما في ألفٍ وألفين بلا سببٍ، فتكون اليمين على منكر الألف الزائد، وهذا بخلاف ما لو اختلفا في جنس الثمن، لأنَّ البائع يدعي عليه الدنانير والمشتري ينكر، والمشتري يدعي الشراء بالدراهم والبائع ينكر، وإنكاره صحيح لأنه لا يسلم للمشتري إلا بثمن ولم يتفقا علىٰ ثمنٍ، وهنا اتفقا على الألف وهو يكفي للصحة، فإن قيل: لو اعتبر حصول المقصود من غير اعتبار لاختلاف السبب كان ينبغي أن لا يتحالفا عند قيام السلعة، لأنَّ المقصود وهو ملك المعقود عليه حاصلٌ للمشتري، حتى لو كان جارية حلَّ للمشتري وطؤها، قلنا: نعم كذلك، لكن هو ثابت بالنصِّ، بخلاف

وَإِنَّمَا يُرَاعَىٰ مِنَ الفَائِدَةِ مَا يُوجِبُهُ العَقْدُ، وَفَائِدَةُ دَفْعِ زِيَادَةِ الثَّمَنِ لَيْسَتْ مِنْ مُوجِبَاتِهِ وَهٰذَا إِذَا كَانَ الثَّمَنُ دَيْنًا، فَإِنْ كَانَ عَيْنًا يَتَحَالَفَانِ لِأَنَّ المَبِيعَ فِي أَحَدِ الجَانِبَيْنِ قَائِمٌ فَتُوَفَّرُ فَائِدَةُ الفَسْخِ ثُمَّ يَرُدُّ مِثْلَ الهَالِكِ إِنْ كَانَ لَهُ مِثْلٌ أَوْ قِيمَتَهُ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مِثْلٌ.

قَالَ: (وَإِنْ هَلَكَ أَحَدُ العَبْدَيْنِ ثُمَّ اخْتَلَفَا فِي الثَّمَنِ لَمْ يَتَحَالَفَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - إِلَّا أَنْ يَرْضَى البَائِعُ أَنْ يَتْرُكَ حِصَّةَ الهَالِكِ مِنَ الثَّمَنِ. وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: القَوْلُ قَوْلُ المُشْتَرِي مَعَ يَمِينِهِ عِنْدَ أَبِي

القياس فقلنا به.

قوله: وَإِنَّمَا يُرَاعَىٰ مِنَ الفَائِدَةِ مَا يُوجِبُهُ العَقْدُ، هذا أيضًا جوابٌ عن قولهما: وأنه يفيد دفع زيادة الثمن، أي فائدة دفع زيادة الثمن ليست من موجباته، بل من موجبات نكول البائع، وليست اليمين من موجبات العقد حتى يكون النكول من موجباته.

قوله: فَإِنْ كَانَ عَيْنًا يَتَحَالَفَانِ، يعني إذا اختلفا في قدره ويترادان على البدل القائم، وإن اختلفا في كون البدل دينًا أو عينًا، إن ادَّعى المشتري أنه كان عينًا يتحالفان عندهما، وإن كان البائع ادَّعى أنه كان عينًا وادَّعى المشتري أنه كان دينًا لا يتحالفان، والقول قول المشتري.

قوله: وَإِنْ هَلَكَ أَحَدُ العَبْدَيْنِ ثُمَّ اخْتَلَفَا فِي الثَّمَنِ لَمْ يَتَحَالَفَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ، يريدُ به إذا هلك أحدهما بعد القبض، وفي الجامع الصغير للتمرتاشي: فإن كانت السلعة غير مقبوضةٍ تحالفا في موتِهما وموت أحدهما، وفي الزيادات: لوجود الإنكار من الجانبين.

حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - إِلَّا أَنْ يَشَاءَ البَائِعُ أَنْ يَأْخُذَ العَبْدَ الحَيَّ وَلَا شَيْءَ لَهُ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يَتَحَالَفَانِ فِي الحَيِّ وَيُفْسَخُ العَقْدُ فِي الحَيِّ، وَالْقَوْلُ قَوْلُ المُشْتَرِي فِي قِيمَةِ الهَالِكِ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يَتَحَالَفَانِ عَلَيْهِمَا وَيَرُدُّ الحَيَّ وَقِيمَةَ الهَالِكِ) لِأَنَّ هَلَاكَ كُلِّ السِّلْعَةِ لَا يَمْنَعُ التَّحَالُفَ عِنْدَهُ فَهَلَاكُ البَعْضِ أَوْلَىٰ. وَلِأَبِي يُوسُفَ أَنَّ امْتِنَاعَ التَّحَالُفِ لِلْهَلَاكِ فَيَتَقَدَّرُ بِقَدْرِهِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ التَّحَالُفَ عَلَىٰ خِلَافِ القِيَاسِ فِي حَالِ قِيَامِ السِّلْعَةِ وَهِيَ اسْمٌ لِجَمِيعِ أَجْزَائِهَا فَلَا تَبْقَى السِّلْعَةُ بِفَوَاتِ بَعْضِهَا، وَلِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ التَّحَالُفُ فِي القَائِمِ إِلَّا عَلَى اعْتِبَارِ حِصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ فَلَا بُدَّ مِنَ القِسْمَةِ وَهِيَ تُعْرَفُ بِالْحَذَرِ وَالظَّنِّ فَيُؤَدِّي إِلَى التَّحَالُفِ مَعَ الجَهْلِ وَذَٰلِكَ لَا يَجُوزُ إِلَّا أَنْ يَرْضَى البَائِعُ أَنْ يَتْرُكَ حِصَّةَ الهَالِكِ أَصْلًا لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ يَكُونُ الثَّمَنُ كُلُّهُ بِمُقَابَلَةِ القَائِمِ وَيَخْرُجُ

قوله: وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: القَوْلُ قَوْلُ المُشْتَرِي - أي فيهما - مَعَ يَمِينِهِ، وإنَّما أعادَ ذكر لفظ الجامع الصغير لأنَّ لفظ الجامع الصغير يقتضي أن يكون المستثنى منه يمين المشتري، ولفظ المبسوط يقتضي أن يكون المستثنى عدم التحالف لأنَّ المذكور قبل الاستثناء هناكَ لم يتحالفا.

قوله: إِلَّا أَنْ يَرْضَى البَائِعُ أَنْ يَتْرُكَ حِصَّةَ الهَالِكِ أَصْلًا، أي لا يأخذ من ثمن الهالك شيئًا أصلاً، ويجعل الهالك كأن لم يكن، وكان العقد لم يكن إلا على القائم فيتحالفان، هذا تخريج بعض المشايخ، وينصرف الاستثناء عندهم إلى التحالف، وقالوا، أي قال هؤلاء أنَّ المراد بقوله في الجامع الصغير: يأخذ الحيَّ ولا شيءَ له، أي لا يأخذ من

الهَالِكُ عَنِ العَقْدِ فَيَتَحَالَفَانِ. هٰذَا تَخْرِيجُ بَعْضِ المَشَايِخِ وَيُصْرَفُ الِاسْتِثْنَاءُ عِنْدَهُمْ إِلَى التَّحَالُفِ كَمَا ذَكَرْنَا، وَقَالُوا: إِنَّ المُرَادَ مِنْ قَوْلِهِ فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: «يَأْخُذُ الحَيَّ وَلَا شَيْءَ لَهُ»، مَعْنَاهُ: لَا يَأْخُذُ مِنْ ثَمَنِ الهَالِكِ شَيْئًا أَصْلًا. وَقَالَ بَعْضُ المَشَايِخِ: يَأْخُذُ مِنْ ثَمَنِ الهَالِكِ بِقَدْرِ مَا أَقَرَّ بِهِ المُشْتَرِي، وَإِنَّمَا لَا يَأْخُذُ الزِّيَادَةَ. وَعَلَىٰ قَوْلِ هٰؤُلَاءِ يَنْصَرِفُ الِاسْتِثْنَاءُ إِلَىٰ يَمِينِ المُشْتَرِي لَا إِلَى التَّحَالُفِ، لِأَنَّهُ لَمَّا أَخَذَ البَائِعُ بِقَوْلِ المُشْتَرِي فَقَدْ صَدَّقَهُ فَلَا يَحْلِفُ المُشْتَرِي، ثُمَّ تَفْسِيرُ التَّحَالُفِ عَلَىٰ قَوْلِ مُحَمَّدٍ مَا بَيَّنَّاهُ فِي القَائِمِ. وَإِذَا حَلَفَا وَلَمْ يَتَّفِقَا عَلَىٰ شَيْءٍ فَادَّعَىٰ أَحَدُهُمَا الفَسْخَ أَوْ كِلَاهُمَا يُفْسَخُ العَقْدُ بَيْنَهُمَا وَيَأْمُرُ القَاضِي المُشْتَرِيَ بِرَدِّ البَاقِي وَقِيمَةِ الهَالِكِ. وَاخْتَلَفُوا فِي تَفْسِيرِهِ عَلَىٰ قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ

ثمن الهالك شيئًا أصلاً، وقال بعض المشايخ: يأخذ من ثمن الهالك بقدر ما أقرَّ به المشتري ولا يأخذ الزيادة، وعلى قول هؤلاء ينصرف الاستثناء إلىٰ يمين المشتري لا إلى التحالف، وقال الإمام الكسائي رحمه الله تعالىٰ: يأخذ البائع في حصَّة الهالك من المشتري ما يقرُّ به المشتري، فحينئذٍ لا يحلف لأنَّ الاستحلاف إنَّما شُرِع في حقِّ المشتري إذا كان ينكر ما يدعيه البائع من الزيادة، فإذا ترك البائع دعوى الزيادة وأخذ الحيَّ ورضيَ به المشتري فلا حاجة إلى استحلاف المشتري، وقال مشايخ بلخ رحمهم الله تعالىٰ: ينصرف إلىٰ يمين المشتري، معناه أنَّ البائع يأخذ الحيَّ منهما صلحًا عمَّا يدعيه قبل المشتري من الزيادة فيجعل صلحهما على هذا كصلحهما على عبدٍ آخر، وصار تقدير ما قال في الكتاب على قول هؤلاء: لا يتحالفان عند أبي حنيفة رضي الله تعالىٰ عنه ويكون القول قول المشتري مع اليمين، إلا أن يأخذ البائع الحيَّ صلحًا ولا

- رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ -، وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يَحْلِفُ المُشْتَرِي بِاللهِ مَا اشْتَرَيْتُهُمَا بِمَا يَدَّعِيهِ البَائِعُ، فَإِنْ نَكَلَ لَزِمَهُ دَعْوَى البَائِعِ، وَإِنْ حَلَفَ يَحْلِفُ البَائِعُ بِاللهِ مَا بِعْتُهُمَا بِالثَّمَنِ الَّذِي يَدَّعِيهِ المُشْتَرِي، فَإِنْ نَكَلَ لَزِمَهُ دَعْوَى المُشْتَرِي، وَإِنْ حَلَفَ يَفْسَخَانِ العَقْدَ فِي القَائِمِ وَتَسْقُطُ حِصَّتُهُ مِنَ الثَّمَنِ وَيَلْزَمُ المُشْتَرِي حِصَّةَ الهَالِكِ وَيُعْتَبَرُ قِيمَتُهُمَا فِي الِانْقِسَامِ يَوْمَ

يأخذ شيئاً آخر فحينئذٍ لا يحلف المشتري.

قوله: وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يَحْلِفُ المُشْتَرِي بِاللهِ مَا اشْتَرَيْتُهُمَا بِمَا يَدَّعِيهِ البَائِعُ، قال بعضهم: يقسم الثمن علىٰ قيمة العبدين فما يخصُّ الحيَّ ألف مثلاً علىٰ زعم البائع، وخمس مائة على زعم المشتري، يحلف المشتري بالله ما اشتريته بألف، ويحلف البائع بالله ما بعته بخمس مائة كما يدَّعيه المشتري، وإذا حلفا يفسخ العقد في الحيِّ ثمَّ يحلف المشتري على حصة الهالك، فإن نكل لزمه ما ادَّعاه البائع وإن حلف لزمه ما أقرَّ به دون الزيادة، والصحيح أنَّهما يتحالفان علىٰ جملة الثمن، لأنَّ من اشترىٰ شيئين بألفي درهم يصدق في يمينه أنه ما اشترىٰ أحدهما بألفٍ، وكذا البائع علىٰ هذا، فلا يحصل ما هو المقصود من اليمين وهو النكول.

قوله: وَيُعْتَبَرُ قِيمَتُهُمَا فِي الِانْقِسَامِ يَوْمَ القَبْضِ، وذكر في النهاية: فإن قيل: لِمَاذا تعتبر قيمتهما يوم القبض دون العقد فى حقِّ انقسام الثمن، وعلىٰ قياس مسائل الزيادات كان ينبغي أن تعتبر قيمتهما يوم العقد، كما قال محمد رحمه الله تعالى تعتبر قيمة الأمِّ يوم العقد، وقيمة الزيادة يوم الزيادة، وقيمة الولد يوم القبض، لأنَّ الأمَّ صارت مقصودة بالعقد، والزيادة بالزيادة، والولد بالقبض، وكل واحد من العبدين ههنا صار مقصودًا بالعقد، فوجب اعتبار قيمتهما يوم العقد لا يوم القبض، قال الإمام ظهير الدين صاحب

الْقَبْضِ (وَإِنِ اخْتَلَفَا فِي قِيمَةِ الْهَالِكِ يَوْمَ الْقَبْضِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْبَائِعِ، وَأَيُّهُمَا أَقَامَ الْبَيِّنَةَ تُقْبَلُ بَيِّنَتُهُ. وَإِنْ أَقَامَاهَا فَبَيِّنَةُ الْبَائِعِ أَوْلَىٰ) وَهُوَ

الفوائد: هذا إشكالٌ هائلٌ أَوْرَدتُه علىٰ كل نحرير فلم يهتد أحد إلىٰ جوابه، ثمَّ قال: والذي تخايل لي بعد طول التجشم أنَّ فيما ذكر من المسائل لم يتحقق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصودًا بالعقد فيجب اعتبار قيمة يوم العقد، وفيما نحن بصدده تحقَّق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصودًا بالعقد وهو التحالف، أمَّا في الحيِّ منهما فظاهرٌ، وكذلك في الميِّت منهما لأنه إن تعذَّر الفسخ في الهالك لمكان الهلاك لم يتعذَّر اعتبار ما هو من لوازم الفسخ في الهالك وهو اعتبار قيمته يوم القبض، لأنَّ الهالك مضمونٌ بالقيمة يوم القبض علىٰ تقرير الفسخ، كما هو مذهب محمد رحمه الله تعالىٰ، حتى قال: يضمن المشتري قيمة الهالك علىٰ تقدير التحالف عنده فيجب إعمال التحالف في اعتبار قيمة الهالك يوم القبض، فلهذا تعتبر قيمتهما يوم القبض في بعض الفوائد، ثمَّ في الكتاب اعتبر قيمتهما في الانقسام يوم القبض لأنه بيعٌ بلا ثمنٍ أو بثمنٍ مجهولٍ، والبيع الفاسد كالغصب من حيث إنَّ كلَّ واحد منهما مضمونٌ بالقيمة.

قوله: وَإِنْ أَقَامَاهَا فَبَيِّنَةُ الْبَائِعِ أَوْلَىٰ، لأنَّها أكثر إثباتًا ظاهرًا لإثباته الزيادة في قيمة الهالك، فإن قيل: المشتري يدَّعي زيادةً في قيمة القائم فوجبَ أن يقبل بينته لإثبات الزيادة، قلنا: الذي وقع الاختلاف فيه قصدًا قيمة الهالك، والاختلاف في قيمة القائم ثبت ضمنًا للاختلاف في قيمة الهالك، وبيِّنة البائع قامت علىٰ ما وقع فيه الاختلاف قصدًا فكانت أحقُّ بالاعتبار، والفقه فيه أنَّ في البينات يعتبر الظاهر لأنَّ الشهود لا يقفون إلَّا على الظاهر فاعتبر ذلك في حقهم، والبائع يدعي ظاهرًا فلهذا تقبل بينته، ثمَّ صارت بينته أوْلىٰ لأنَّ بينته تثبت زيادةً في ذمَّة المشتري، وفي الأيمان تعتبر الحقيقة لأنَّها تتوجه علىٰ أحد العاقدين وهما يعرفان حقيقة الحال فبني الأمر على الحقيقة والبائع منكر

قِيَاسُ مَا ذُكِرَ فِي بُيُوعِ الأَصْلِ (وَإِذَا اشْتَرَىٰ عَبْدَيْنِ وَقَبَضَهُمَا ثُمَّ رَدَّ أَحَدَهُمَا بِالْعَيْبِ وَهَلَكَ الآخَرُ عِنْدَهُ يَجِبُ عَلَيْهِ ثَمَنُ مَا هَلَكَ عِنْدَهُ وَيَسْقُطُ عَنْهُ ثَمَنُ مَا رَدَّهُ وَيَنْقَسِمُ الثَّمَنُ عَلَىٰ قِيمَتِهِمَا. فَإِنِ اخْتَلَفَا فِي قِيمَةِ الهَالِكِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ البَائِعِ) لِأَنَّ الثَّمَنَ قَدْ وَجَبَ بِاتِّفَاقِهِمَا ثُمَّ المُشْتَرِي يَدَّعِي زِيَادَةَ السُّقُوطِ بِنُقْصَانِ قِيمَةِ الهَالِكِ وَالْبَائِعُ يُنْكِرُهُ وَالْقَوْلُ لِلْمُنْكِرِ (وَإِنْ أَقَامَا البَيِّنَةَ فَبَيِّنَةُ البَائِعِ أَوْلَىٰ) لِأَنَّهَا أَكْثَرُ إِثْبَاتًا ظَاهِرًا لِإِثْبَاتِهَا الزِّيَادَةَ فِي قِيمَةِ الهَالِكِ وَهٰذَا لِفِقْهٍ. وَهُوَ أَنَّ فِي الأَيْمَانِ تُعْتَبَرُ الحَقِيقَةُ لِأَنَّهَا تَتَوَجَّهُ عَلَىٰ أَحَدِ العَاقِدَيْنِ وَهُمَا يَعْرِفَانِ حَقِيقَةَ الحَالِ فَبُنِيَ الأَمْرُ عَلَيْهَا وَالْبَائِعُ مُنْكِرٌ حَقِيقَةً فَلِذَا كَانَ القَوْلُ قَوْلَهُ، وَفِي البَيِّنَاتِ يُعْتَبَرُ الظَّاهِرُ لِأَنَّ الشَّاهِدَيْنِ لَا يَعْلَمَانِ حَقِيقَةَ الحَالِ فَاعْتُبِرَ الظَّاهِرُ فِي حَقِّهِمَا وَالْبَائِعُ مُدَّعٍ ظَاهِرًا فَلِهٰذَا تُقْبَلُ بَيِّنَتُهُ أَيْضًا وَتَتَرَجَّحُ بِالزِّيَادَةِ الظَّاهِرَةِ عَلَىٰ مَا مَرَّ، وَهٰذَا يُبَيِّنُ لَك مَعْنَىٰ مَا ذَكَرْنَاهُ مِنْ قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ -.

قَالَ: (وَمَنِ اشْتَرَىٰ جَارِيَةً وَقَبَضَهَا ثُمَّ تَقَايَلَا ثُمَّ اخْتَلَفَا فِي الثَّمَنِ فَإِنَّهُمَا يَتَحَالَفَانِ وَيَعُودُ البَيْعُ الأَوَّلُ) وَنَحْنُ مَا أَثْبَتْنَا التَّحَالُفَ فِيهِ بِالنَّصِّ

حقيقةً فكان القول قوله مع يمينه.

قوله: وَهٰذَا يُبَيِّنُ لَك مَعْنَىٰ مَا ذَكَرْنَاهُ مِنْ قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ، أي هذا هو الفقه في أن جعل أبو يوسف رحمه الله القول قولَ البائع في قيمة الهالك، والبيِّنة بيِّنته

لِأَنَّهُ وَرَدَ فِي البَيْعِ المُطْلَقِ وَالْإِقَالَةُ فَسْخٌ فِي حَقِّ المُتَعَاقِدَيْنِ، وَإِنَّمَا أَثْبَتْنَاهُ بِالْقِيَاسِ لِأَنَّ المَسْأَلَةَ مَفْرُوضَةٌ قَبْلَ القَبْضِ وَالْقِيَاسُ يُوَافِقُهُ عَلَىٰ مَا مَرَّ وَلِهٰذَا نَقِيسُ الإِجَارَةَ عَلَى البَيْعِ قَبْلَ القَبْضِ وَالْوَارِثَ عَلَى العَاقِدِ وَالْقِيمَةَ عَلَى العَيْنِ فِيمَا إِذَا اسْتَهْلَكَهُ فِي يَدِ البَائِعِ غَيْرُ المُشْتَرِي.

قَالَ: (وَلَوْ قَبَضَ البَائِعُ المَبِيعَ بَعْدَ الإِقَالَةِ فَلَا تَحَالُفَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ خِلَافًا لِمُحَمَّدٍ) لِأَنَّهُ يَرَى النَّصَّ مَعْلُولًا بَعْدَ القَبْضِ أَيْضًا.

أيضًا فيما إذا اختلفا في قيمة الهالك بعد التحالف عنده.

قوله: لِأَنَّهُ وَرَدَ فِي البَيْعِ المُطْلَقِ - أي في البيع من كل وجهٍ - وَالْإِقَالَةُ فَسْخٌ فِي حَقِّ المُتَعَاقِدَيْنِ - بيعٌ جديدٌ في حقِّ التحالف فلا يكون النصُّ الوارد في البيع المطلق واردًا فيه - وَإِنَّمَا أَثْبَتْنَاهُ بِالْقِيَاسِ لِأَنَّ المَسْأَلَةَ مَفْرُوضَةٌ قَبْلَ القَبْضِ، أي قبل قبض البائع المبيع بعد الإقالة.

قوله: وَلِهٰذَا نَقِيسُ الإِجَارَةَ، إيضاحٌ لقوله: وَإِنَّمَا أَثْبَتْنَاهُ بِالْقِيَاسِ، يعني إذا اختلف المؤجر والمستأجر قبل استيفاء المعقود عليه في الأجرة والقيمة على العين فيما إذا استهلك المشتري استهلك على البناء للمفعول، وهٰهنا عبارة أخرىٰ وهي: فيما إذا استهلكه في يد البائع غير المشتري، قيل: هكذا كانت على حاشية نسخةٍ قوبلت بنسخة المصنف رحمه الله تعالىٰ، وفي المبسوط: إذا قتل المبيع قبل القبض فالقيمة هناك واجبةٌ على القاتل، وهي قائمةٌ مقام العين في إمكان فسخ العقد عليها لأنَّ القيمة الواجبة قبل القبض لمَّا ورد عليها القبض المستحق بالعقد كانت في حكم المعقود عليه.

قوله: لِأَنَّهُ يَرَى النَّصَّ مَعْلُولًا بَعْدَ القَبْضِ، أي قوله عليه الصلاة والسلام: «إذا

قَالَ: (وَمَنْ أَسْلَمَ عَشَرَةَ دَرَاهِمَ فِي كُرِّ حِنْطَةٍ ثُمَّ تَقَايَلَا ثُمَّ اخْتَلَفَا فِي الثَّمَنِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُسَلَّمِ إِلَيْهِ وَلَا يَعُودُ السَّلَمُ) لِأَنَّ الإِقَالَةَ فِي بَابِ السَّلَمِ لَا تَحْتَمِلُ النَّقْضَ لِأَنَّهُ إِسْقَاطٌ فَلَا يَعُودُ السَّلَمُ، بِخِلَافِ الإِقَالَةِ فِي الْبَيْعِ؛ أَلَا تَرَىٰ أَنَّ رَأْسَ مَالِ السَّلَمِ لَوْ كَانَ عَرَضًا فَرَدَّهُ بِالْعَيْبِ وَهَلَكَ قَبْلَ التَّسْلِيمِ إِلَىٰ رَبِّ السَّلَمِ لَا يَعُودُ السَّلَمُ وَلَوْ كَانَ ذٰلِكَ فِي بَيْعِ الْعَيْنِ

اختلف المتبايعان تحالفا وترادًّا» معلولٌ لوجود الإنكار من كل واحد من المتبايعين، لأنَّ كل واحد منهما يدعي عقدًا ينكره صاحبه، لأنَّ البيع بألف غير البيع بألفين فلذلك يحلف كل واحد منهما علىٰ دعوى صاحبه لوجود الإنكار منهما جميعًا، وهذا المعنى لا يتفاوت بين أن يكون المبيع في يد البائع ثمَّ وقع الاختلاف، أو في يد المشتري ثمَّ وقع الاختلاف، ولمَّا كان النصُّ عنده معلولاً تعدَّىٰ حكمه من البيع إلى الإقالة وإن كان بعد قبض البائع المبيع بعد الإقالة.

قوله: لِأَنَّهُ إِسْقَاطٌ فَلَا يَعُودُ السَّلَمُ، لأنَّ المعقود عليه في السلم قد سقط بالإقالة، والتحالف شرع للفسخ، وفسخ الإقالة فى السلم لا يتصوَّر لاستحالة عود المعقود عليه إلىٰ ذمة المسلم إليه، ولو انفسخت الإقالة كان حكمها عود المسلم فيه بعد السقوط والساقط لا يعود، ولو تصوَّر لا يعود برأس المال لأنه دين، فأمَّا المعقود عليه بعد الإقالة في البيع باقٍ لأنه عين فيكون التحالف مفيدًا لحكمةٍ وهو الفسخ، ألا ترىٰ أنَّ رأس المال لو كان عرضًا بأن أسْلَم ثوبًا في كرِّ حنطةٍ وردَّه بالعيب بعد قبضه، والمراد من الردِّ هنا اختيار الردِّ وردُّ البيع بالتَّراضي أو حكم القاضي يعني اختار الردّ إلىٰ ربِّ السلم وهلك الثوب قبل التسليم لم يعد السلم لِمَا أنَّ المعقود عليه قد سقط، وبمثله لو اشترىٰ عرضًا وردَّه بالعيب ولم يسلم إلى البائع حتى هلك في يده عاد البيع، وفي الفوائد فرَّق بينهما بوجهٍ آخر وهو

يَعُودُ البَيْعُ دَلَّ عَلَى الفَرْقِ بَيْنَهُمَا.

قَالَ: (وَإِذَا اخْتَلَفَ الزَّوْجَانِ فِي المَهْرِ فَادَّعَى الزَّوْجُ أَنَّهُ تَزَوَّجَهَا بِأَلْفٍ وَقَالَتْ تَزَوَّجَنِي بِأَلْفَيْنِ فَأَيُّهُمَا أَقَامَ البَيِّنَةَ تُقْبَلُ بَيِّنَتُهُ) لِأَنَّهُ نَوَّرَ دَعْوَاهُ

أنَّ الإقالة في باب السلم قبل قبض المسلم فيه فسخ من كل وجهٍ، لأنه لا يمكن أن يعتبر بيعًا جديدًا لِمَا فيه من الاستبدال بالمسلم فيه، كما في بيع العين إذا تقايلا قبل قبض المبيع والثمن مدفوعٌ إلى البائع ثمَّ اختلفا في مقدار الثمن لا يتحالفان ويكون القول قول البائع مع يمينه، لأنَّ الإقالة في هذه الحالة فسخٌ من كل وجه والتحالف عرفت شرعيته في العقود دون الفسوخ، والإقالة في بيع العين بعد القبض اعتبرت فسخًا فيما بين المتعاقدين واعتبرت بيعًا جديدًا في حقِّ التحالف، وكذا في باب السلم لو حصلت الإقالة بعد قبض المسلم فيه وهو قائمٌ أمْكَن اعتبارها بيعًا جديدًا في حقِّ غير المتعاقدين فيتحالفان أيضًا، فإن قيل: الإقالة بعد قبض المبيع في بيع العين إنَّما اعتبرت بيعًا جديدًا في حقِّ غير المتعاقدين، فأمَّا في حقِّهما وما كان من حقهما اعتبرت فسخًا، ألا ترىٰ أنَّ هذا القبض لمَّا كان من حقِّهما اعتبرت الإقالة في حقِّ القبض فسخًا فيما بينهما، حتَّىٰ أنَّ البائع لو باع المبيع من المشتري بعد الإقالة قبل القبض جاز، ولو باع من غيره لم يجز، والتحالف حقهما بدليل أنَّهما لو تركا ترك، وإذا كان فسخًا في حق التحالف وجب أن لا يتحالفا، لِمَا ذكرنا أنَّ التحالف عرفت شرعيته في العقود لا في الفسوخ، ألا ترىٰ أنَّ الفسخ لو حصل بخيار الرؤية، أو بخيارالشرط، أو بالردِّ بالعيب بالقضاء بعد القبض، والثمن منقودٌ ثمَّ اختلفا في مقداره لم يتحالفا، قيل له الإقالة بعد القبض فسخ فيما بينهما فيما كان من حقوق العقد الذي وقعت الإقالة عنه، كما قلنا في القبض فإنه من حقوق البيع لأنه وَجب بالبيع لإتمامه، والتحالف وإن كان حقُّهما فليسَ من حقوق العقد الذي وقعت الإقالة عنه فيعتبَر بيعًا جديدًا في حقِّه كما في حق الثالث، ولا تعتبر فسخًا كما في الأجل، فإنَّ من له على آخر دين مؤجل فاشترىٰ

بِالْحُجَّةِ. (وَإِنْ أَقَامَا البَيِّنَةَ فَالْبَيِّنَةُ بَيِّنَةُ المَرْأَةِ) لِأَنَّهَا تُثْبِتُ الزِّيَادَةَ، مَعْنَاهُ إِذَا كَانَ مَهْرُ مِثْلِهَا أَقَلَّ مِمَّا ادَّعَتْهُ (وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُمَا بَيِّنَةٌ تَحَالَفَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَلَا يُفْسَخُ النِّكَاحُ) لِأَنَّ أَثَرَ التَّحَالُفِ فِي انْعِدَامِ التَّسْمِيَةِ، وَأَنَّهُ لَا يُخِلُّ بِصِحَّةِ النِّكَاحِ لِأَنَّ المَهْرَ تَابِعٌ فِيهِ، بِخِلَافِ البَيْعِ لِأَنَّ عَدَمَ التَّسْمِيَةِ يُفْسِدُهُ عَلَىٰ مَا مَرَّ فَيُفْسَخُ، (وَلٰكِنْ يَحْكُمُ مَهْرُ المِثْلِ، فَإِنْ كَانَ مِثْلَ مَا اعْتَرَفَ بِهِ الزَّوْجُ أَوْ أَقَلَّ قَضَىٰ بِمَا قَالَ الزَّوْجُ) لِأَنَّ الظَّاهِرَ شَاهِدٌ لَهُ (وَإِنْ كَانَ مِثْلَ مَا ادَّعَتْهُ المَرْأَةُ أَوْ أَكْثَرَ قَضَىٰ بِمَا ادَّعَتْهُ المَرْأَةُ، وَإِنْ كَانَ مَهْرُ المِثْلِ أَكْثَرَ مِمَّا اعْتَرَفَ بِهِ الزَّوْجُ وَأَقَلَّ مِمَّا ادَّعَتْهُ المَرْأَةُ قَضَىٰ لَهَا بِمَهْرِ المِثْلِ) لِأَنَّهُمَا لَمَّا تَحَالَفَا لَمْ تَثْبُتِ الزِّيَادَةُ عَلَىٰ مَهْرِ المِثْلِ وَلَا الحَطُّ عَنْهُ. قَالَ - رَحِمَهُ اللهُ -: ذَكَرَ التَّحَالُفَ أَوَّلًا ثُمَّ التَّحْكِيمَ، وَهٰذَا قَوْلُ الكَرْخِيِّ - رَحِمَهُ اللهُ - لِأَنَّ مَهْرَ المِثْلِ لَا اعْتِبَارَ لَهُ مَعَ وُجُودِ التَّسْمِيَةِ وَسُقُوطِ اعْتِبَارِهَا بِالتَّحَالُفِ

به عبدًا ثمَّ تقايلا العقد لا يعود الأجل لأنه ليسَ من حقوق العقد الذي وقعت الإقالة عنه، بخلاف ما إذا كان الردُّ بخيار الشرط والرؤية لأنه تعذَّر اعتباره بيعًا في حقِّ الثالث لانتفاء الرضاء، وكذا إذا كان الردُّ بالعيب بقضاء.

قوله: مَعْنَاهُ إِذَا كَانَ مَهْرُ مِثْلِهَا أَقَلَّ مِمَّا ادَّعَتْهُ، أمَّا إذا كان مهر مثلها ما ادَّعته أو أكثر ممَّا ادعته فبينة الزوج أوْلىٰ، لأنَّ بينة الزوج تثبت الحطَّ وبينة المرأة لا تثبت شيئًا، لأنَّ ما ادَّعته ثابتٌ بشهادة مهر المثل.

قوله: وَلٰكِنْ يَحْكُمُ مَهْرُ المِثْلِ، استدارك عن قوله: وَلَا يُفْسَخُ النِّكَاحُ.

وَلِهٰذَا يُقَدَّمُ فِي الوُجُوهِ كُلِّهَا، وَيَبْدَأُ بِيَمِينِ الزَّوْجِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ تَعْجِيلًا لِفَائِدَةِ النُّكُولِ كَمَا فِي المُشْتَرِي، وَتَخْرِيجُ الرَّازِيِّ بِخِلَافِهِ وَقَدِ اسْتَقْصَيْنَاهُ فِي النِّكَاحِ ....

قوله: وَلِهٰذَا تَقَدَّمَ - أنَّ التحالف - فِي الوُجُوهِ كُلِّهَا، أي فيما إذا كان مهر المثل ما اعتَرف به الزوج أو أقلَّ منه، أو مثل ما ادَّعته المرأة أو أكثر منه، أو كان مهر المثل أكثر ممَّا اعتَرف به الزوج وأقلَّ ممَّا ادعته المرأة، ففي هذه الوجوه الخمسة كلها يقدم التحالف عند أبي الحسن الكرخي رحمه الله تعالىٰ، لأنَّهما اتفقا علىٰ أصل التسمية فكانت التسمية صحيحةً في أصلها، والتسمية الصحيحة تمنع المصير إلىٰ مهر المثل، وإذا حلف تعذَّر العمل بالتسمية فصارت التسمية كأن لم تكن فيحكَّم مهر المثل، وهذا قول أبي الحسن الكرخي رحمه الله تعالىٰ.

قوله: تَعْجِيلًا لِفَائِدَةِ النُّكُولِ، لأنَّ أوَّل التسليمين عليه فيكون أوَّل اليمينين عليه.

قوله: وَتَخْرِيجُ الرَّازِيِّ بِخِلَافِهِ، فإنه لا يقول بالتحالف إلا في وجهٍ واحدٍ وهو ما إذا لم يكن مهر المثل شاهدًا لأحدهما بأن يكون أكثرَ ممَّا أقرَّ به الزوج وأقلَّ ممَّا ادعته المرأة، وأمَّا إذا كان مهر المثل مثل ما يقول الزوج أو أقلَّ فالقول قوله مع يمينه، وإن كان مثل ما تقوله المرأة أو أكثر فالقول قولها مع يمينها، وهذا هو الأصحُّ لأنَّ تحكيم مهر المثل ههنا ليس لإيجاب مهر المثل بل لمعرفة من يشهد له الظاهر، ثمَّ الأصل في الدعاوي أن يكون القول قول من يشهد له الظاهر مع يمينه، فإن قيل: يشكل علىٰ هذا المتبايعان فإنَّهما إذا اختلفا في الثمن وقيمة المبيع مثل ما يدَّعيه أحدهما لا يعتبر قوله وإن كان الظاهر شاهدًا له؟ قلنا: القضاء هناك بما يدَّعيه أحدهما غير ممكنٌ وإن كانت القيمة مطابقةً لما يدَّعيه أحدهما، لأنَّ القيمة لا يمكن إثباتُها هنا بمطلق العقد، ومهر المثل يمكن إثباته بمطلق العقد، وهذا هو الفرق بينهما.

وَذَكَرْنَا خِلَافَ أَبِي يُوسُفَ فَلَا نُعِيدُهُ (وَلَوِ ادَّعَى الزَّوْجُ النِّكَاحَ عَلَىٰ هٰذَا العَبْدِ وَالْمَرْأَةُ تَدَّعِيهِ عَلَىٰ هٰذِهِ الجَارِيَةِ فَهُوَ كَالْمَسْأَلَةِ المُتَقَدِّمَةِ، إِلَّا أَنَّ قِيمَةَ الجَارِيَةِ إِذَا كَانَتْ مِثْلَ مَهْرِ المِثْلِ يَكُونُ لَهَا قِيمَتُهَا دُونَ عَيْنِهَا) لِأَنَّ تَمَلُّكَهَا لَا يَكُونُ إِلَّا بِالتَّرَاضِي وَلَمْ يُوجَدْ فَوَجَبَتِ القِيمَةُ (وَإِنِ اخْتَلَفَا فِي الإِجَارَةِ قَبْلَ اسْتِيفَاءِ المَعْقُودِ عَلَيْهِ تَحَالَفَا وَتَرَادَّا) مَعْنَاهُ اخْتَلَفَا فِي البَدَلِ أَوْ فِي المُبْدَلِ لِأَنَّ التَّحَالُفَ فِي البَيْعِ قَبْلَ القَبْضِ عَلَىٰ وِفَاقِ القِيَاسِ عَلَىٰ مَا مَرَّ، وَالْإِجَارَةُ قَبْلَ القَبْضِ المَنْفَعَةُ نَظِيرُ البَيْعِ قَبْلَ قَبْضِ المَبِيعِ وَكَلَامُنَا قَبْلَ اسْتِيفَاءِ المَنْفَعَةِ (فَإِنْ وَقَعَ الِاخْتِلَافُ فِي

قوله: وَذَكَرْنَا خِلَافَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ، فعنده القول قولُ الزوج في جميع ذلك قبل الطلاق وبعده ولا يحكَّم مهر المثل لأنَّ المرأة تدعي الزيادة والزوج ينكر فكان القول قول المنكر، كما في سائر الدعاوي، وإنَّما عرفنا التحالف منهما في البيع وفي مبادلة المال بالمال نصًّا بخلاف القياس فلا يتعدَّىٰ إلىٰ غيره، فكان القول قول الزوج مع يمينه إلا أن يأتي بشيء قليلٍ يسيرٍ مستنكر جدًا، وفي تفسير ذلك روايتان عن أبي يوسف علىٰ ما مرَّ في النكاح.

قوله: مَعْنَاهُ اخْتَلَفَا فِي البَدَلِ - أي في الأجرة - أَوْ فِي المُبْدَلِ، أي في المعقود عليه وهو المنافع بأن ادَّعى المؤجر أنه آجره شهرًا وادَّعى المستأجر أنه استأجره شهرين.

قوله: عَلَىٰ مَا مَرَّ، إشارة إلىٰ ما قال في أوَّل هذا الباب: لأنَّ البائع يدعي زيادة الثمن والمشتري ينكر، إلىٰ آخره.

قوله: وَتَبَيَّنَ أَنَّهُ لَا عَقْدَ، فحينئذٍ ظَهر أنه لا قيمةَ للمنفعة، وإذا كان كذلك كان

الأُجْرَةِ يَبْدَأُ بِيَمِينِ المُسْتَأْجِرِ) لِأَنَّهُ مُنْكِرٌ لِوُجُوبِ الأُجْرَةِ (وَإِنْ وَقَعَ فِي المَنْفَعَةِ يَبْدَأُ بِيَمِينِ المُؤَجِّرِ، وَأَيُّهُمَا نَكَلَ لَزِمَهُ دَعْوَىٰ صَاحِبِهِ، وَأَيُّهُمَا أَقَامَ البَيِّنَةَ قُبِلَتْ، وَلَوْ أَقَامَاهَا فَبَيِّنَةُ المُؤَجِّرِ أَوْلَىٰ إِنْ كَانَ الِاخْتِلَافُ فِي الأُجْرَةِ، وَإِنْ كَانَ فِي المَنَافِعِ فَبَيِّنَةُ المُسْتَأْجِرِ أَوْلَىٰ، وَإِنْ كَانَ فِيهِمَا قُبِلَتْ بَيِّنَةُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِيمَا يَدَّعِيهِ مِنَ الفَضْلِ) نَحْوُ أَنْ يَدَّعِيَ هٰذَا شَهْرًا بِعَشَرَةٍ وَالْمُسْتَأْجِرُ شَهْرَيْنِ بِخَمْسَةٍ يَقْضِي بِشَهْرَيْنِ بِعَشَرَةٍ.

قَالَ: (وَإِنِ اخْتَلَفَا بَعْدَ الِاسْتِيفَاءِ لَمْ يَتَحَالَفَا وَكَانَ القَوْلُ قَوْلَ المُسْتَأْجِرِ) وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ ظَاهِرٌ، لِأَنَّ هَلَاكَ المَعْقُودِ عَلَيْهِ يَمْنَعُ التَّحَالُفَ عِنْدَهُمَا، وَكَذَا عَلَىٰ أَصْلِ مُحَمَّدٍ لِأَنَّ الهَلَاكَ إِنَّمَا لَا يُمْنَعُ عِنْدَهُ فِي المَبِيعِ لِمَا أَنَّ لَهُ قِيمَةً تَقُومُ مَقَامَهُ فَيَتَحَالَفَانِ عَلَيْهَا، وَلَوْ جَرَى التَّحَالُفُ هَاهُنَا وَفَسْخُ العَقْدِ فَلَا قِيمَةَ لِأَنَّ المَنَافِعَ لَا تَتَقَوَّمُ بِنَفْسِهَا بَلْ بِالْعَقْدِ وَتَبَيَّنَ أَنَّهُ لَا عَقْدَ. وَإِذَا امْتَنَعَ فَالْقَوْلُ لِلْمُسْتَأْجِرِ مَعَ يَمِينِهِ لِأَنَّهُ هُوَ المُسْتَحِقُّ عَلَيْهِ (وَإِنِ اخْتَلَفَا بَعْدَ اسْتِيفَاءِ بَعْضِ المَعْقُودِ عَلَيْهِ تَحَالَفَا وَفُسِخَ العَقْدُ فِيمَا بَقِيَ وَكَانَ القَوْلُ فِي المَاضِي قَوْلَ المُسْتَأْجِرِ) لِأَنَّ العَقْدَ يَنْعَقِدُ سَاعَةً فَسَاعَةً فَيَصِيرُ فِي كُلِّ جُزْءٍ مِنَ المَنْفَعَةِ كَأَنَّ ابْتِدَاءَ

المبيع غير قائم ولا الذي يقوم مقامه فامتنع التحالف فالقول للمستأجر مع يمينه، لأنه هو المستحق عليه وإنه أنفع للأجير، ولأنه لو تحالفا ههنا انتفى العقد بالتحالف فلا يمكن إيجاب شيء للأجير.

العَقْدِ عَلَيْهَا، بِخِلَافِ البَيْعِ لِأَنَّ العَقْدَ فِيهِ دَفْعَةٌ وَاحِدَةٌ، فَإِذَا تَعَذَّرَ فِي البَعْضِ تَعَذَّرَ فِي الكُلِّ.

قَالَ: (وَإِذَا اخْتَلَفَ المَوْلَىٰ وَالْمُكَاتَبُ فِي مَالِ الكِتَابَةِ لَمْ يَتَحَالَفَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -. وَقَالَا: يَتَحَالَفَانِ وَتُفْسَخُ الكِتَابَةُ) وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ لِأَنَّهُ عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ يَقْبَلُ الفَسْخَ فَأَشْبَهَ البَيْعَ، وَالْجَامِعُ أَنَّ المَوْلَىٰ يَدَّعِي بَدَلًا زَائِدًا يُنْكِرُهُ العَبْدُ وَالْعَبْدُ يَدَّعِي اسْتِحْقَاقَ العِتْقِ عَلَيْهِ عِنْدَ أَدَاءِ القَدْرِ الَّذِي يَدَّعِيهِ وَالْمَوْلَىٰ يُنْكِرُهُ فَيَتَحَالَفَانِ كَمَا إِذَا اخْتَلَفَا فِي الثَّمَنِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ البَدَلَ مُقَابَلٌ بِفَكِّ الحَجْرِ فِي حَقِّ اليَدِ وَالتَّصَرُّفِ لِلْحَالِ وَهُوَ سَالِمٌ لِلْعَبْدِ وَإِنَّمَا يَنْقَلِبُ مُقَابَلًا بِالْعِتْقِ عِنْدَ الأَدَاءِ فَقَبْلَهُ لَا مُقَابَلَةَ فَبَقِيَ اخْتِلَافًا فِي قَدْرِ البَدَلِ لَا غَيْرُ فَلَا يَتَحَالَفَانِ.

قوله: وَهُوَ سَالِمٌ لِلْعَبْدِ، أي البدل مقابلٌ بفكِّ الحجر في حقِّ اليد والتصرُّف للحال، وهو سالمٌ للعبد لاتفاق المولىٰ والمكاتب علىٰ ثبوت الكتابة فلا يدعي على المولىٰ شيئًا فلا يكون المولىٰ منكرًا، وإنَّما ينقلب البدل مقابلاً بالعتق عند الأداء فقبله لا يكون مقابلاً فلا يتحالفان، لأنه لا يكون بلا إنكارٍ، فكان هذا نظير إجارة الدار حيث جعلنا رقبة الدار في ابتداء العقد في الإجارة أصلاً ثمَّ ينتقل منها إلى المنفعة فكذا في الكتابة جعلنا الفكَّ في حقِّ اليد والتصرف أصلاً في ابتداء العقد ثمَّ عند الأداء جعلنا العتق أصلاً وانتقل من فكِّ الحجر إلى العتق، وإن أقاما البيِّنة فالبينة بينة المولىٰ لأنه يثبت الزيادة ببينته، إلا أنه إذا ادَّعىٰ مقدار ما أقام البينة عليه يعتق لأنه أثبت الحريَّة لنفسه عند أداء هذا المقدار فوجب قبول بينته علىٰ ذلك بمنزلة ما لو كاتبه علىٰ ألف درهم علىٰ أنه متىٰ أدَّىٰ خمس مائة عتق، وهذا لأنه لا

قَالَ: (وَإِذَا اخْتَلَفَ الزَّوْجَانِ فِي مَتَاعِ البَيْتِ فَمَا يَصْلُحُ لِلرِّجَالِ فَهُوَ لِلرَّجُلِ كَالْعِمَامَةِ) لِأَنَّ الظَّاهِرَ شَاهِدٌ لَهُ (وَمَا يَصْلُحُ لِلنِّسَاءِ فَهُوَ لِلْمَرْأَةِ كَالْوِقَايَةِ) لِشَهَادَةِ الظَّاهِرِ لَهَا (وَمَا يَصْلُحُ لَهُمَا كَالْآنِيَةِ فَهُوَ لِلرَّجُلِ) لِأَنَّ المَرْأَةَ وَمَا فِي يَدِهَا فِي يَدِ الزَّوْجِ وَالْقَوْلُ فِي الدَّعَاوَىٰ لِصَاحِبِ اليَدِ، بِخِلَافِ مَا يَخْتَصُّ بِهَا لِأَنَّهُ يُعَارِضُهُ ظَاهِرٌ أَقْوَىٰ مِنْهُ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ مَا إِذَا كَانَ الِاخْتِلَافُ فِي حَالِ قِيَامِ النِّكَاحِ أَوْ بَعْدَمَا وَقَعَتِ الفُرْقَةُ. (فَإِنْ مَاتَ أَحَدُهُمَا وَاخْتَلَفَتْ وَرَثَتُهُ مَعَ الآخَرِ فَمَا يَصْلُحُ لِلرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ فَهُوَ لِلْبَاقِي مِنْهُمَا) لِأَنَّ اليَدَ لِلْحَيِّ دُونَ المَيِّتِ، وَهٰذَا الَّذِي ذَكَرْنَاهُ قَوْلُ أَبِي

يبعد أن يكون عليه بدل الكتابة بعد عتقه، كما لو أدّىٰ بدل الكتابة بمالٍ مستحق يعتق وبدل الكتابة عليه بحاله.

قوله: فَمَا يَصْلُحُ لِلرِّجَالِ، كالعمامة والقباء والقلنسوة والطيلسان والسلاح والمنطقة والكتب فهو للرجل، أي القول فيها قول الزوج مع اليمين، إلا إذا كانت المرأة تبيع ثياب الرجال، وما يصلح للنساء كالخمار والدرع والملحفة والحلي فهو للمرأة، أي القول قولها فيها بشهادة الظاهر، إلا إذا كان الرجل صانعًا أو يبيع ثياب النساء، وما يصلح لهما كالفُرُش والأمتعة والأواني والرقيق والمنزل والعقار والمواشي والنقود فالقول للزوج فيه أيضًا، لأنَّ المرأة وما في يدها في يد الزوج فكان الأموال كلها في يد الزوج.

قوله: لِأَنَّهُ يُعَارِضُهُ ظَاهِرٌ أَقْوَىٰ مِنْهُ، وهو يد الاستعمال فجعلنا القول قولها، كرجلين اختلفا في ثوبٍ، أحدهما لابسه والآخر متعلق بكمّه فإنَّ اللابس أوْلىٰ.

قوله: وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ: يَدْفَعُ إِلَى المَرْأَةِ مَا يُجَهَّزُ بِهِ مِثْلُهَا،

حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يَدْفَعُ إِلَى الْمَرْأَةِ مَا يُجَهَّزُ بِهِ مِثْلُهَا، وَالْبَاقِي لِلزَّوْجِ مَعَ يَمِينِهِ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ الْمَرْأَةَ تَأْتِي بِالْجِهَازِ وَهٰذَا أَقْوَىٰ فَيَبْطُلُ بِهِ ظَاهِرُ يَدِ الزَّوْجِ، ثُمَّ فِي الْبَاقِي لَا مُعَارِضَ لِظَاهِرِ فَيُعْتَبَرُ (وَالطَّلَاقُ وَالْمَوْتُ سَوَاءٌ) لِقِيَامِ الْوَرَثَةِ مَقَامَ مُوَرِّثِهِمْ (وَقَالَ مُحَمَّدٌ: وَمَا كَانَ لِلرِّجَالِ فَهُوَ لِلرَّجُلِ، وَمَا كَانَ لِلنِّسَاءِ فَهُوَ لِلْمَرْأَةِ، وَمَا يَكُونُ لَهُمَا

أي من المشكل.

قوله: ثُمَّ فِي البَاقِي، أي فيما يصلح للرجل، وفيما وراء ما يجهَّز به مثلها لا معارض لظاهر الزوج فيعتبر لقوَّة يده على يدها لأنه قوَّام عليها والطلاق والموت سواءٌ لقيام الورثة مقام مورثهم، وقال محمد رحمه الله تعالىٰ: ما كان للرجل فهو للرجل، وما كان للنساء فهو للمرأة، وما يكون لهما فهو للرجل أو لورثته لِمَا قلنا لأبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ وهو قوله: لِأَنَّ المَرْأَةَ وَمَا فِي يَدِهَا فِي يَدِ الزَّوْجِ، إلىٰ آخره، والطلاق والموت سواءٌ لقيام الوارث مقام المورث، فالحاصل أنه لا خلافَ فيما يصلح للرجال أنَّه للرجل في الطلاق ولوارثه بعد موته، وكذا ما يصلح لها، وأمَّا فيما يصلح لهما لا خلافَ بين أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالىٰ أنه للزوج في الطلاق، وبعد موت الزوج عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى للمرأة، وعند محمد رحمه الله تعالىٰ لوارث الزوج، وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى من المشكل ما يجهَّز به مثلها للمرأة والباقي للزوج في حياته وبعد وفاته لوارثه، وكذا بعد وفاتِها ما يجهَّز به مثلها من المشكل لوارثها، وفي هذه المسئلة سبعة أقوال: أمَّا أقوال علمائنا الثلاثة فما ذكر، وقال ابن أبي ليلىٰ: ما يصلح للرجال والنساء فهو للزوج إن كان حيًّا، ولورثته إن كان ميِّتًا، وعلىٰ قول ابن شبرمة: المتاع كله للرجال إلا ما على المرأة من ثيابِها، وقال زُفر رحمه الله تعالىٰ: المتاعُ كله نصفان بينهما إذا لم تقم لواحد منهما بينةٌ،

فَهُوَ لِلرَّجُلِ أَوْ لِوَرَثَتِهِ) لِمَا قُلْنَا لِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - (وَالطَّلَاقُ وَالْمَوْتُ سَوَاءٌ) لِقِيَامِ الوَارِثِ مَقَامَ المُوَرِّثِ (وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا مَمْلُوكًا فَالْمَتَاعُ لِلْحُرِّ فِي حَالَةِ الحَيَاةِ) لِأَنَّ يَدَ الحُرِّ أَقْوَىٰ (وَلِلْحَيِّ بَعْدَ المَمَاتِ) لِأَنَّهُ لَا يَدَ لِلْمَيِّتِ فَخَلَتْ يَدُ الحَيِّ عَنِ المُعَارِضِ (وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَالَا: العَبْدُ المَأْذُونُ لَهُ فِي التِّجَارَةِ وَالْمُكَاتَبُ بِمَنْزِلَةِ الحُرِّ) لِأَنَّ لَهُمَا يَدًا مُعْتَبَرَةً فِي الخُصُومَاتِ.

وهو قول مالكٍ وأحد قولي الشافعي رحمهما الله تعالىٰ، وفي قولٍ آخر: المشكل بينهما نصفان، وعلىٰ قول الحسن البصري رحمه الله تعالىٰ: إن كان البيتُ بيت المرأة فالمتاع كله لها، إلَّا ما على الزوج من ثياب بدنه، وإن كان البيت بيت الزوج فالمتاع كله له.

قوله: وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا مَمْلُوكًا - أي سواءٌ كان محجورًا أو مأذونًا - فَالْمَتَاعُ لِلْحُرِّ فِي حَالَةِ الحَيَاةِ، عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ لأن يد الحرِّ أقوىٰ لأنَّها يد ملكٍ ويد المملوك ليست بيد ملك، وللحيِّ بعد الممات حُرًّا كان أو عبدًا لأنه لا يد للميِّت فيثبت يد الحيِّ بلا معارضٍ، هكذا وقع في عامة نسخ الجامع الصغير، وذكر شمس الأئمة رحمه الله تعالى في جامعه الصغير: ووقع في بعض النسخ: للحيِّ منهما، وهو سهوٌ، وفي رواية محمد رحمه الله تعالىٰ والزعفرانيِّ: للحرِّ منهما، بالراء، وقالا: المكاتب والمأذون كالحرِّ لأنَّ لهما يدًا معتبرةً في الخصومات حتى لو اختصم الحرُّ والمكاتب في شيءٍ هل هو في أيديهما يقضى به بينهما لاستوائهما، بخلاف ما لو كان محجورًا فإنه يقضى به للحرِّ لأنه لا يدَ له، وفي المحجور جوابُهما كجواب أبي حنيفة رحمه الله تعالى في مطلق المملوك، والله تعالىٰ أعلم.

فَصْلٌ فِيمَنْ لا يَكُونُ خَصْما

(وَإِنْ قَالَ المُدَّعَىٰ عَلَيْهِ هٰذَا الشَّيْءُ أَوْدَعَنِيهِ فُلَانُ الغَائِبُ أَوْ رَهَنَهُ عِنْدِي أَوْ غَصَبْتُهُ مِنْهُ وَأَقَامَ بَيِّنَةً عَلَىٰ ذٰلِكَ فَلَا خُصُومَةَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ المُدَّعِي) وَكَذَا إِذَا قَالَ: آجَرَنِيهِ وَأَقَامَ البَيِّنَةَ لِأَنَّهُ أَثْبَتَ بِبَيِّنَتِهِ أَنَّ يَدَهُ لَيْسَتْ بِيَدِ خُصُومَةٍ. وَقَالَ ابْنُ شُبْرُمَةَ: لَا تَنْدَفِعُ الخُصُومَةُ لِأَنَّهُ تَعَذَّرَ إِثْبَاتُ المِلْكِ لِلْغَائِبِ لِعَدَمِ الخَصْمِ عَنْهُ وَدَفْعِ الخُصُومَةِ بِنَاءً عَلَيْهِ. قُلْنَا: مُقْتَضَى البَيِّنَةِ شَيْئَانِ ثُبُوتُ المِلْكِ لِلْغَائِبِ وَلَا خَصْمَ فِيهِ فَلَمْ يَثْبُتْ، وَدَفْعُ خُصُومَةِ المُدَّعِي وَهُوَ خَصْمٌ فِيهِ فَيَثْبُتُ وَهُوَ كَالْوَكِيلِ بِنَقْلِ المَرْأَةِ وَإِقَامَتِهَا البَيِّنَةَ عَلَى الطَّلَاقِ ....

فصل فيمن لا يكون خصما

قوله: أَوْدَعَنِيهِ، وكذا إذا قال: أعارنِي، أو وكلني بحفظها، أو آجرنِي، وقال ابن شبرمة: لا تندفع الخصومة لأنه تعذَّر إثبات الملك للغير لعدم الخصم وهو ليس بخصم في إثباته، لأنه لا ولايةَ لأحدٍ علىٰ غيره في إدخال شيءٍ في ملكه بغير رضاه، ثمَّ خروجه من الخصومة في ضمن إثبات الملك لغيره، وإذا لم يثبت ما هو الأصل لا يثبت ما في ضمنه، كالوصية بالمحاباة تثبت في ضمن البيع فببطلان البيع تبطل الوصية، وقال ابن أبي ليلىٰ: يخرج من خصومته بمجرَّد قوله بغير بينةٍ، لأنه لا تُهمة فيما يقرُّ به علىٰ نفسه فيثبت ما أقرَّ به بمجرَّد إقراره وتبيَّن أنَّ يده يد حفظٍ.

كَمَا بَيَّنَّاهُ مِنْ قَبْلُ، وَلَا تَنْدَفِعُ بِدُونِ إِقَامَةِ البَيِّنَةِ كَمَا قَالَهُ ابْنُ أَبِي لَيْلَىٰ لِأَنَّهُ صَارَ خَصْمًا بِظَاهِرِ يَدِهِ، فَهُوَ بِإِقْرَارِهِ يُرِيدُ أَنْ يُحَوِّلَ حَقًّا مُسْتَحَقًّا عَلَىٰ نَفْسِهِ فَلَا يَصْدُقُ إِلَّا بِالْحُجَّةِ، كَمَا إِذَا ادَّعَىٰ تَحَوُّلَ الدَّيْنِ مِنْ ذِمَّتِهِ إِلَىٰ ذِمَّةِ غَيْرِهِ. (وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ -: إِنْ كَانَ الرَّجُلُ صَالِحًا فَالْجَوَابُ كَمَا قُلْنَاهُ، وَإِنْ كَانَ مَعْرُوفًا بِالْحِيَلِ لَا تَنْدَفِعُ عَنْهُ الخُصُومَةُ) لِأَنَّ المُحْتَالَ مِنَ النَّاسِ قَدْ يَدْفَعُ مَالَهُ إِلَىٰ مُسَافِرٍ يُودِعُهُ إِيَّاهُ وَيَشْهَدُ عَلَيْهِ الشُّهُودُ فَيَحْتَالُ لِإِبْطَالِ حَقِّ غَيْرِهِ، فَإِذَا اتَّهَمَهُ القَاضِي بِهِ لَا يَقْبَلُهُ. (وَلَوْ قَالَ الشُّهُودُ: أَوْدَعَهُ رَجُلٌ لَا نَعْرِفُهُ لَا تَنْدَفِعُ عَنْهُ الخُصُومَةُ) لِاحْتِمَالِ أَنْ يَكُونَ المُودِعُ هُوَ هٰذَا المُدَّعِي، وَلِأَنَّهُ مَا أَحَالَهُ إِلَىٰ مُعَيَّنٍ يُمْكِنُ لِلْمُدَّعِي اتِّبَاعُهُ، فَلَوِ انْدَفَعَتْ لَتَضَرَّرَ بِهِ المُدَّعِي، وَلَوْ قَالُوا نَعْرِفُهُ

قوله: كَمَا بَيَّنَّاهُ مِنْ قَبْلُ، أي في باب الوكالة بالخصومة.

قوله: كَمَا إِذَا ادَّعَىٰ تَحَوُّلَ الدَّيْنِ، أي الحوالة، فصار كما إذا أقام البيِّنة أنه أحال بالدين علىٰ آخرٍ، كذا في شرح الأقطع، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالىٰ: إن كان الرجل معروفًا بالحيل لا تندفع عنه الخصومة.

قوله: وَلَوْ قَالَ الشُّهُودُ: أَوْدَعَهُ رَجُلٌ لَا نَعْرِفُهُ، أي لا نعرفه أصلاً بوجهه ولا باسمه ونسبه، ولو قالوا: نعرفه بوجهه لا باسمه ونسبه لا تندفع الخصومة عند محمد رحمه الله تعالىٰ، وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ تندفع، وهذه المسئلة مخمَّسة كتاب الدعوى فإنَّ لخمسة من العلماء فيها قولاً كما ذكرنا، وهيَ خمس مسائل، وهي ما إذا قال: هذا الشيء لفلان الغائب عندي وديعةً، أو عاريةً، أو إجارةً، أو رهنًا، أو غصبًا.

بِوَجْهِهِ وَلَا نَعْرِفُهُ بِاسْمِهِ وَنَسَبِهِ فَكَذٰلِكَ الجَوَابُ عِنْدَ مُحَمَّدٍ لِلْوَجْهِ الثَّانِي، وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - تَنْدَفِعُ لِأَنَّهُ أَثْبَتَ بِبَيِّنَتِهِ أَنَّ العَيْنَ وَصَلَ إِلَيْهِ مِنْ جِهَةِ غَيْرِهِ حَيْثُ عَرَفَهُ الشُّهُودُ بِوَجْهِهِ، بِخِلَافِ الفَصْلِ الأَوَّلِ فَلَمْ تَكُنْ يَدُهُ يَدَ خُصُومَةٍ وَهُوَ المَقْصُودُ، وَالْمُدَّعِي هُوَ الَّذِي أَضَرَّ بِنَفْسِهِ حَيْثُ نَسِيَ خَصْمَهُ أَوْ أَضَرَّهُ شُهُودُهُ، وَهٰذِهِ المَسْأَلَةُ مُخَمَّسَةُ كِتَابِ الدَّعْوَىٰ وَقَدْ ذَكَرْنَا الأَقْوَالَ الخَمْسَةَ.

(وَإِنْ قَالَ: ابْتَعْتُهُ مِنَ الغَائِبِ فَهُوَ خَصْمٌ) لِأَنَّهُ لَمَّا زَعَمَ أَنَّ يَدَهُ يَدُ مِلْكٍ اعْتَرَفَ بِكَوْنِهِ خَصْمًا (وَإِنْ قَالَ المُدَّعِي: غَصَبْتَهُ مِنِّي أَوْ سَرَقْتَهُ مِنِّي لَا تَنْدَفِعُ الخُصُومَةُ وَإِنْ أَقَامَ ذُو اليَدِ البَيِّنَةَ عَلَى الوَدِيعَةِ) لِأَنَّهُ إِنَّمَا صَارَ خَصْمًا بِدَعْوَى الفِعْلِ عَلَيْهِ لَا بِيَدِهِ، بِخِلَافِ دَعْوَى المِلْكِ المُطْلَقِ لِأَنَّهُ خَصْمٌ فِيهِ بِاعْتِبَارِ يَدِهِ حَتَّىٰ لَا يَصِحَّ دَعْوَاهُ عَلَىٰ غَيْرِ ذِي اليَدِ وَيَصِحُّ دَعْوَى الفِعْلِ. (وَإِنْ قَالَ المُدَّعِي: سَرَقَ مِنِّي وَقَالَ صَاحِبُ اليَدِ: أَوْدَعَنِيهِ فُلَانٌ وَأَقَامَ البَيِّنَةَ لَمْ تَنْدَفِعِ الخُصُومَةُ) وَهٰذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ وَهُوَ اسْتِحْسَانٌ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: تَنْدَفِعُ لِأَنَّهُ لَمْ يَدَّعِ الفِعْلَ عَلَيْهِ فَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ: غُصِبَ مِنِّي عَلَىٰ مَا

قوله: لِأَنَّهُ إِنَّمَا صَارَ خَصْمًا بِدَعْوَى الفِعْلِ عَلَيْهِ - وهو الغصب - لَا بِيَدِهِ، ألا ترىٰ أنَّ دعوى الغصب كما يصحُّ على ذي اليد يصحُّ علىٰ غير ذي اليد، حتَّىٰ أنَّ من ادَّعىٰ علىٰ آخرٍ أنه غصب عبده وليس في يده عبدٌ صحَّت دعوته ويلزمه القيمة.

لَمْ يُسَمَّ فَاعِلُهُ. وَلَهُمَا أَنَّ ذِكْرَ الفِعْلِ يَسْتَدْعِي الفَاعِلَ لَا مَحَالَةَ، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ هُوَ الَّذِي فِي يَدِهِ إِلَّا أَنَّهُ لَمْ يُعَيِّنْهُ دَرْءًا لِلْحَدِّ شَفَقَةً عَلَيْهِ وَإِقَامَةً لِحِسْبَةِ السِّرِّ فَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ: سَرَقْتُ، بِخِلَافِ الغَصْبِ لِأَنَّهُ لَا حَدَّ فِيهِ فَلَا يُحْتَرَزُ عَنْ كَشْفِهِ (وَإِنْ قَالَ المُدَّعِي: ابْتَعْتُهُ مِنْ فُلَانٍ وَقَالَ صَاحِبُ اليَدِ: أَوْدَعَنِيهِ فُلَانٌ ذٰلِكَ أُسْقِطَتِ الخُصُومَةُ بِغَيْرِ بَيِّنَةٍ) لِأَنَّهُمَا تَوَافَقَا عَلَىٰ أَنَّ أَصْلَ المِلْكِ فِيهِ لِغَيْرِهِ فَيَكُونُ وُصُولُهَا إِلَىٰ يَدِ ذِي اليَدِ مِنْ جِهَتِهِ فَلَمْ تَكُنْ يَدُهُ يَدَ خُصُومَةٍ إِلَّا أَنْ يُقِيمَ البَيِّنَةَ أَنَّ فُلَانًا وَكَّلَهُ بِقَبْضِهِ لِأَنَّهُ أَثْبَتَ بِبَيِّنَتِهِ كَوْنَهُ أَحَقَّ بِإِمْسَاكِهَا، وَاللهُ أَعْلَمُ.

قوله: إِلَّا أَنَّهُ لَمْ يُعَيِّنْهُ دَرْءًا لِلْحَدِّ، لأنَّا إذا جعلناه سارقًا لا تندفع الخصومة عنه ويقضى القاضي بالعين للمدَّعي فمتىٰ ظهر السَّارق بعد ذلك لا بيقينٍ لا يُقطع يده، لأنه ظهرت سرقته بعد وصول المسروق إلى المالك، ولو لم يجعله سارقًا تندفع الخصومة عنه، ولا يقضىٰ بالعين للمدَّعي فمتىٰ ظهر السارق بعد ذلك بيقينٍ يقطع يده، لأنه ظهرت سرقته قبل أن تصل العين إلى المالك فكان في جعله سارقًا احتيالاً للدَّرء ولم يتعلَّق به عقوبةٌ سوى الضمان، والله تعالىٰ أعلم.

بَابُ مَا يَدَّعِيهِ الرَّجُلَانِ

قَالَ: (وَإِذَا ادَّعَى اثْنَانِ عَيْنًا فِي يَدِ آخَرَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَزْعُمُ أَنَّهَا لَهُ وَأَقَامَا البَيِّنَةَ قُضِيَ بِهَا بَيْنَهُمَا) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ فِي قَوْلٍ: تَهَاتَرَتَا، وَفِي قَوْلٍ يُقْرَعُ بَيْنَهُمَا؛ لِأَنَّ إِحْدَى البَيِّنَتَيْنِ كَاذِبَةٌ بِيَقِينٍ لِاسْتِحَالَةِ اجْتِمَاعِ المِلْكَيْنِ فِي الكُلِّ فِي حَالَةٍ وَاحِدَةٍ وَقَدْ تَعَذَّرَ التَّمْيِيزُ فَيَتَهَاتَرَانِ

باب ما يدعيه الرجلان

قوله: وَإِذَا ادَّعَى اثْنَانِ عَيْنًا فِي يَدِ آخَرَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَزْعُمُ أَنَّهَا لَهُ وَأَقَامَا البَيِّنَةَ قُضِيَ بِهَا بَيْنَهُمَا، إنَّما وضع المسئلة في دعوى ملك العين لأنَّهما لو تنازعا في نكاح امرأةٍ وأقام كل واحد منهما بينة أنَّها امرأته لم يقض لواحد منهما بالاتفاق، وفي دعوى الخارجين لأنَّ الدعوىٰ لو كانت بين الخارج وصاحب اليد وأقاما بينةً فبينة الخارج أوْلىٰ، وفي أحد قولي الشافعي رحمه الله تعالىٰ: تَهاترت البينتان ويكون المدَّعى لذي اليد تركًا في يده وهو قضاء تركٍ لا قضاء ملكٍ، وفي القول الآخر يرجِّح بينة ذي اليد فيقضي به لذي اليد قضاء ملكٍ وفي الملك المطلق لأنَّ في المقيَّد بالسبب المعيَّن أو بالتاريخ تفصيلاً وخلافًا كما سيجيء إن شاء الله تعالىٰ، وقال الشافعي رحمه الله تعالىٰ: تَهاترت البينتان تركًا، أي تساقطت وبطلت، مأخوذٌ من الهِتْر بكسر الهاء وهو السقط من الكلام والخطأ فيه، كذا في المغرب، وقال مالك رحمه الله تعالىٰ: أنه يقضى بأعْدَل البينتين، وعند الأوزاعي رحمه الله تعالىٰ يقضىٰ بأكثرهما عددًا في الشهود.

قوله: وَقَدْ تَعَذَّرَ التَّمْيِيزُ فَيَتَهَاتَرَانِ، كما لو شهد شاهدان أنه طلق امرأته يوم النحر

أَوْ يُصَارُ إِلَى الْقُرْعَةِ «لِأَنَّ النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - أَقْرَعَ فِيهِ وَقَالَ: اَللّٰهُمَّ أَنْتَ الحَكَمُ بَيْنَهُمَا» وَلَنَا حَدِيثُ تَمِيمِ بْنِ طَرْفَةَ «أَنَّ رَجُلَيْنِ اخْتَصَمَا إِلَىٰ رَسُولِ اللهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - فِي نَاقَةٍ وَأَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْبَيِّنَةَ فَقَضَىٰ بِهَا بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ»، وَحَدِيثُ الْقُرْعَةِ كَانَ فِي الِابْتِدَاءِ ثُمَّ نُسِخَ، وَلِأَنَّ الْمُطْلَقَ لِلشَّهَادَةِ فِي حَقِّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا

بمكَّة، وآخران أنه أعْتَق عبده بالكوفة في ذلك اليوم، وهذا لأنَّ تُهمة الكذب تمنع العمل بالشهادة فالتيقُّن أوْلىٰ، واستدلَّ بملك النكاح لو تنازع اثنان في امرأة وأقامَ كل واحد منهما البينة أنَّها امرأته لم يقض القاضي لواحدٍ منهما.

قوله: أَوْ يُصَارُ إِلَى الْقُرْعَةِ، استدلَّ بحديث سعيد بن المسيب أنَّ رجلين تنازعا في أمةٍ بين يديِ رسول الله صلى الله عليه وسلم وأقامَ كلُّ واحد منهما البينة أنَّها أمته، فأقرع رسول صلى الله عليه وسلم بينهما فقال: «اللّٰهم أنتَ تقضي بين عبادك بالحقِّ» ثمَّ قضىٰ بِها لمن خرجت قرعته.

قوله: وَحَدِيثُ الْقُرْعَةِ كَانَ فِي الِابْتِدَاءِ، أي كان استعمال القرعة في وقتٍ كان القمار مباحًا ثمَّ انتسخ ذلك بحرمة القمار، لأنَّ تعيين المستحق بمنزلة الاستحقاق ابتداءً، فكما أنَّ تعليق الاستحقاق بخروج القرعة يكون قمارًا فكذا تعيين المستحق بخروج القرعة يكون قمارًا أيضًا، بخلاف قسمة المال المشتَرك، فللقاضي هناك ولاية التعيين من غير قرعةٍ، وإنَّما يقرع تطييبًا لقلوبهما ونفيًا لتهمة الميل عن نفسه فلا يكون ذلك في معنى القمار بأن يعتمد أحدهما سبب الملك كالشراء وما أشْبهه والآخر اليد فصحَّت الشهادتان، فإنَّ صحة أداء الشهادة لا تعتمد وجود الملك حقيقةً، إذ لا علم للعباد بحقائق الأمور، وإنَّما تعتمد ظاهر الحال، فإذا صحَّت الشهادتان وأمكن العمل بِهما لأنَّ المحل

مُحْتَمَلُ الوُجُودِ بَلْ يَعْتَمِدُ أَحَدُهُمَا سَبَبَ المِلْكِ وَالآخَرُ اليَدَ فَصَحَّتِ الشَّهَادَتَانِ فَيَجِبُ العَمَلُ بِهِمَا مَا أَمْكَنَ، وَقَدْ أَمْكَنَ بِالتَّنْصِيفِ إِذِ المَحِلُّ يَقْبَلُهُ، وَإِنَّمَا يُنَصَّفُ لِاسْتِوَائِهِمَا فِي سَبَبِ الِاسْتِحْقَاقِ.

قَالَ: (فَإِنِ ادَّعَىٰ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِكَاحَ امْرَأَةٍ وَأَقَامَا بَيِّنَةً لَمْ يَقْضِ بِوَاحِدَةٍ مِنَ البَيِّنَتَيْنِ) لِتَعَذُّرِ العَمَلِ بِهِمَا؛ لِأَنَّ المَحِلَّ لَا يَقْبَلُ الِاشْتِرَاكَ.

قَالَ: (وَيَرْجِعُ إِلَىٰ تَصْدِيقِ المَرْأَةِ لِأَحَدِهِمَا) لِأَنَّ النِّكَاحَ مِمَّا يُحْكَمُ بِهِ بِتَصَادُقِ الزَّوْجَيْنِ، وَهٰذَا إِذَا لَمْ تُؤَقَّتِ البَيِّنَتَانِ، فَأَمَّا إِذَا وَقَّتَا فَصَاحِبُ الوَقْتِ الأَوَّلِ أَوْلَىٰ (وَإِنْ أَقَرَّتْ لِأَحَدِهِمَا قَبْلَ إِقَامَةِ البَيِّنَةِ فَهِيَ امْرَأَتُهُ) لِتَصَادُقِهِمَا (وَإِنْ أَقَامَ الآخَرُ البَيِّنَةَ قُضِيَ بِهَا) لِأَنَّ البَيِّنَةَ

يقبل الاشتِراك فقضىٰ لكل واحد منهما بالنصف وصار هذا علىٰ مثال العلل الشرعية نحو إن باع فضوليٌّ مال إنسانٍ وباع فضولي آخر من آخر وأجاز المالك البيعين ثبتَ الملك لكلِّ واحد منهما في النصف كذلك ههنا، بخلاف ملك النكاح فإنه لا يحتمل الاشتراك، وقوله: إنَّ القاضي تيقَّن بكذب أحدهما ضعيفٌ، فكل واحد منهما اعتمد شيئًا أطلق له أداء الشهادة وهو معاينة اليد لمن شَهِدَ له، وبه فارقَ مسئلة مكّة والكوفة على العادات الغالبة التي يبتني عليها الأحكام.

قوله: وَيَرْجِعُ إِلَىٰ تَصْدِيقِ المَرْأَةِ لِأَحَدِهِمَا، حُكِيَ عن ركن الإسلام علي السغدي رحمه الله تعالىٰ أنه قال: لا يترجح إحدى البينتين إلا بإحدىٰ معانٍ ثلاثٍ: إحداها: إقرار المرأة، والثانية: كونُها في يد أحدهما، والثالثة: دخول أحدهما بِها إلا أن يقيم الآخر البينة أنَّ نكاحه أسْبَق، كذا في الخلاصة.

أَقْوَىٰ مِنَ الإِقْرَارِ (وَلَوْ تَفَرَّدَ أَحَدُهُمَا بِالدَّعْوَىٰ وَالْمَرْأَةُ تَجْحَدُ فَأَقَامَ الْبَيِّنَةَ وَقَضَىٰ بِهَا القَاضِي لَهُ ثُمَّ ادَّعَى الآخَرُ وَأَقَامَ البَيِّنَةَ عَلَىٰ مِثْلِ ذٰلِكَ لَا يَحْكُمُ بِهَا) لِأَنَّ القَضَاءَ الأَوَّلَ قَدْ صَحَّ فَلَا يُنْقَضُ بِمَا هُوَ مِثْلُهُ بَلْ هُوَ دُونَهُ (إِلَّا أَنْ يُوَقِّتَ شُهُودُ الثَّانِي سَابِقًا) لِأَنَّهُ ظَهَرَ الخَطَأُ فِي الأَوَّلِ بِيَقِينٍ. وَكَذَا إِذَا كَانَتِ المَرْأَةُ فِي يَدِ الزَّوْجِ وَنِكَاحُهُ ظَاهِرٌ لَا تُقْبَلُ بَيِّنَةُ الخَارِجِ إِلَّا عَلَىٰ وَجْهِ السَّبْقِ.

قَالَ: (وَلَوِ ادَّعَى اثْنَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا أَنَّهُ اشْتَرَىٰ مِنْهُ هٰذَا العَبْدَ) مَعْنَاهُ مِنْ صَاحِبِ اليَدِ (وَأَقَامَا بَيِّنَةً فَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ أَخَذَ نِصْفَ العَبْدِ بِنِصْفِ الثَّمَنِ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ) لِأَنَّ القَاضِيَ يَقْضِي بَيْنَهُمَا

قوله: فَلَا يُنْقَضُ بِمَا هُوَ مِثْلُهُ، في الظنيات فإنه لا يرفع المثل بالمثل كالقياس، فإنه لا يرفع القياس بل هو دونه لاتصال القضاء بالأوَّل دون الثاني.

قوله: مَعْنَاهُ مِنْ صَاحِبِ اليَدِ، وإنَّما قيَّد به لأنَّ كل واحد منهما لو ادَّعى الشراء من غير صاحب اليد فهو لا يخلو إمَّا أن ادَّعيا الشراء من واحدٍ أو اثنين، فالحكم على التفصيل يجيء بعد هذا في الكتاب.

قوله: فَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ أَخَذَ نِصْفَ العَبْدِ بِنِصْفِ الثَّمَنِ، فإن قيل: قد تيقَّن القاضي بكذب أحد الفريقين لأنَّ البيعين علىٰ دارٍ واحدةٍ من رجلين كل واحد منهما بكماله لا يتصوَّر في وقتٍ واحدٍ فينبغي أن تبطل البينتان، قلنا: الشهود شهدوا بنفس البيع لا بصحته ولم يشهدوا بوقوع البيعين معًا ويتصوَّر البيعان في وقتين من واحدٍ لعينٍ واحدةٍ فكلُّ واحد منهما اعتمد سببًا أطلق له الشهادة فيجب العمل

نِصْفَيْنِ لِاسْتِوَائِهِمَا فِي السَّبَبِ فَصَارَا كَالْفُضُولِيِّينَ إِذَا بَاعَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنْ رَجُلٍ وَأَجَازَ المَالِكُ البَيْعَيْنِ يُخَيَّرُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِأَنَّهُ تَغَيَّرَ عَلَيْهِ شَرْطُ عَقْدِهِ، فَلَعَلَّ رَغْبَتَهُ فِي تَمَلُّكِ الكُلِّ فَيَرُدُّهُ وَيَأْخُذُ كُلَّ الثَّمَنِ لَوْ أَرَادَ. (فَإِنْ قَضَى القَاضِي بِهِ بَيْنَهُمَا فَقَالَ أَحَدُهُمَا: لَا أَخْتَارُ لَمْ يَكُنْ لِلْآخَرِ أَنْ يَأْخُذَ جَمِيعَهُ) لِأَنَّهُ صَارَ مَقْضِيًّا عَلَيْهِ فِي النِّصْفِ فَانْفَسَخَ البَيْعُ فِيهِ، وَهٰذَا لِأَنَّهُ خَصَمَ فِيهِ لِظُهُورِ اسْتِحْقَاقِهِ بِالْبَيِّنَةِ لَوْلَا بَيِّنَةُ صَاحِبِهِ، بِخِلَافِ مَا لَوْ قَالَ ذٰلِكَ قَبْلَ تَخْيِيرِ القَاضِي حَيْثُ يَكُونُ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ الجَمِيعَ لِأَنَّهُ يَدَّعِي الكُلَّ وَلَمْ يَفْسَخْ سَبَبَهُ، وَالْعَوْدُ إِلَى النِّصْفِ لِلْمُزَاحِمَةِ وَلَمْ تُوجَدْ، وَنَظِيرُهُ تَسْلِيمُ أَحَدِ الشَّفِيعَيْنِ قَبْلَ القَضَاءِ، وَنَظِيرُ الأَوَّلِ تَسْلِيمُهُ بَعْدَ القَضَاءِ (وَلَوْ ذَكَرَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا تَارِيخًا فَهُوَ لِلْأَوَّلِ مِنْهُمَا) لِأَنَّهُ أَثْبَتَ الشِّرَاءَ فِي زَمَانٍ لَا يُنَازِعُهُ فِيهِ أَحَدٌ فَانْدَفَعَ الآخَرُ بِهِ (وَلَوْ وَقَّتَتْ إِحْدَاهُمَا وَلَمْ تُوَقِّتِ الأُخْرَىٰ فَهُوَ لِصَاحِبِ الوَقْتِ) لِثُبُوتِ

به بحسب الإمكان، ولأنَّ البيعين يتصوَّر وقوعهما في وقتٍ واحدٍ من وكيل المالك فيُضاف عقد الوكيل إلى الموكل مجازًا، بأن وكَّل رجلين بأن يبيعا داره فباعَ كل واحد منهما من رجل فإنه يجوز وعقد الوكيل كعقد الموكل، فثبت أنه لا يستحيل ورود البيعين في زمانٍ واحدٍ من رجلٍ واحدٍ.

قوله: لِأَنَّهُ صَارَ مَقْضِيًّا عَلَيْهِ فِي النِّصْفِ فَانْفَسَخَ البَيْعُ فِيهِ، فإن قيل: الفسخ إنَّما يكون أن لو كان البيع موجودًا، قلنا: البيع إن كان موجودًا فظاهر، وإن لم يكن فلا يتمكن من الأخذ، وهذا لأنَّ استحقاق كل واحد منهما للكل ثابت نظرًا إلىٰ بينته، وإنَّما لا يظهر

مِلْكِهِ فِي ذَٰلِكَ الوَقْتِ وَاحْتَمَلَ الآخَرُ أَنْ يَكُونَ قَبْلَهُ أَوْ بَعْدَهُ فَلَا يَقْضِي لَهُ بِالشَّكِّ (وَإِنْ لَمْ يَذْكُرَا تَارِيخًا وَمَعَ أَحَدِهِمَا قَبْضٌ فَهُوَ أَوْلَىٰ) وَمَعْنَاهُ أَنَّهُ فِي يَدِهِ لِأَنَّ تَمَكُّنَهُ مِنْ قَبْضِهِ يَدُلُّ عَلَىٰ سَبْقِ شِرَائِهِ، وَلِأَنَّهُمَا اسْتَوَيَا فِي الإِثْبَاتِ فَلَا تُنْقَضُ اليَدُ الثَّابِتَةُ بِالشَّكِّ، وَكَذَا لَوْ ذَكَرَ الآخَرُ وَقْتًا لِمَا بَيَّنَّا. إِلَّا أَنْ يَشْهَدُوا أَنَّ شِرَاءَهُ كَانَ قَبْلَ شِرَاءِ صَاحِبِ اليَدِ لِأَنَّ الصَّرِيحَ يَفُوقُ الدَّلَالَةَ. قَالَ: (وَإِنِ ادَّعَىٰ أَحَدُهُمَا شِرَاءً وَالْآخَرُ هِبَةً وَقَبْضًا)

في النصف بوجود بينة صاحبه فكان دليل استحقاق الكل قائمًا فيفسخ نظرًا إلى الدليل.

قوله: وَمَعْنَاهُ أَنَّهُ فِي يَدِهِ، أي العبد في يده معاينة في الحال، وذكر في الذخيرة: ثبوت اليد لأحد المدعيين بالمعاينة، وإنَّما احتاج إلى التفسير بهذا لأنَّ قوله: وَمَعَ أَحَدِهِمَا قَبْضٌ، يجوز أن يحمل على القبض المشهود به وهو في الحال في يد البائع، وجاز أن يكون الحكم هناك علىٰ خلاف هذا.

قوله: لِأَنَّ تَمَكُّنَهُ مِنْ قَبْضِهِ يَدُلُّ عَلَىٰ سَبْقِ شِرَائِهِ، لأنَّ القبض بناءٌ على العقد الثابت بالبينة ظاهرًا حملاً لفعل المسلم على الصلاح لا على الغصب، وقبضه اقترن بعقد الآخر لأنَّ كلَّ واحد منهما حادثٌ فحكم بوقوعهما معًا فيتقدَّم عقد صاحب القبض ضرورةً.

قوله: لِمَا بَيَّنَّا، إشارةٌ إلىٰ قوله: لِأَنَّ تَمَكُّنَهُ مِنْ قَبْضِهِ يَدُلُّ عَلَىٰ سَبْقِ شِرَائِهِ، وذكر الخبَّازي رحمه الله تعالىٰ أنه يرجع إلى النكتة الآخرة وهي قوله: اسْتَوَيَا فِي الإِثْبَاتِ، لأنه كما احتمل سبق التاريخ علىٰ شراء ذي اليد احتمل سبق اليد على شراء المؤرِّخ فلا ينقض اليد الثابتة بالشكِّ.

قوله: وَإِنِ ادَّعَىٰ أَحَدُهُمَا شِرَاءً وَالآخَرُ هِبَةً وَقَبْضًا، مَعْنَاهُ مِنْ وَاحِدٍ، احترز به من

مَعْنَاهُ مِنْ وَاحِدٍ (وَأَقَامَا بَيِّنَةً وَلَا تَارِيخَ مَعَهُمَا فَالشِّرَاءُ أَوْلَىٰ) لِأَنَّ الشِّرَاءَ أَقْوَىٰ لِكَوْنِهِ مُعَاوَضَةً مِنَ الجَانِبَيْنِ، وَلِأَنَّهُ يُثْبِتُ المِلْكَ بِنَفْسِهِ وَالْمِلْكُ فِي الهِبَةِ يَتَوَقَّفُ عَلَى القَبْضِ، وَكَذَا الشِّرَاءُ وَالصَّدَقَةُ مَعَ القَبْضِ لِمَا بَيَّنَّا (وَالْهِبَةُ وَالْقَبْضُ وَالصَّدَقَةُ مَعَ القَبْضِ سَوَاءٌ حَتَّىٰ يَقْضِيَ بَيْنَهُمَا) لِاسْتِوَائِهِمَا فِي وَجْهِ التَّبَرُّعِ، وَلَا تَرْجِيحَ بِاللُّزُومِ لِأَنَّهُ يَرْجِعُ إِلَى

أن يكون من اثنين فإنَّهما سواءٌ فيه، ولا أولويَّة للشراء على الهبة حينئذٍ علىٰ ما يجيء بعد هذا في قوله: ولو ادَّعىٰ أحدهم الشراء من رجل والآخر الهبة والقبض من غيره، إلىٰ أن قال: قضىٰ بينهم أرباعًا، والفرق هو أنَّهما إذا ادَّعيا الشراء والهبة من واحدٍ لا يحتاجان إلىٰ إثبات الملك لمن ملكهما فإنه ثابتٌ بتصادقهما، وإنَّما الحاجة في إثبات سبب الملك عليه، وفي إثبات سبب الملك لنفسهما الشراء أقوىٰ من الهبة لأنه عقدُ ضمانٍ موجب للملك في العوضين والهبة تبرُّع، ولأنَّ سبق ثبوت الملك بالشراء علىٰ ثبوت الملك في الهبة إنَّما يتصوَّر فيما إذا كان الملك واحدًا لِمَا أنَّ الشراء موجب للملك بنفسه، والهبة لا توجب الملك إلَّا بعد القبض فكان ملك مدَّعي الشراء سابقًا فكان هو أوْلىٰ، أمَّا إذا ادعيا الشراء والهبة من اثنين فهما محتاجان إلىٰ إثبات الملك لمن ملكهما وينتصب كل واحدمنهما خصمًا عمَّن ملكه في إثبات الملك له أوَّلاً ثمَّ لنفسه والحجَّتان في إثبات الملك لهما سواءٌ فيقضىٰ به بينهما لذلك، كذا في المبسوط.

قوله: وَلَا تَرْجِيحَ بِاللُّزُومِ، لو ادَّعىٰ أحدهما الهبة والقبض والآخر الصدقة والقبض وأقاما بينةً قضىٰ بينهما نصفين لاستوائهما في التبرُّع والافتقار إلى القبض، ولا تترجَّح الصدقة على الهبة باعتبار معنى اللزوم لأنَّ أثر اللزوم يظهر في إبطال حقِّ الرجوع، وذلك حكمٌ يظهرُ في ثاني الحال والتَّرجيح إنَّما يقع بمعنًى قائمٍ في الحال لا بمعنًى يرجع

الْمَآلِ وَالتَّرْجِيحُ بِمَعْنًى قَائِمٍ فِي الحَالِ، وَهٰذَا فِيمَا لَا يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ صَحِيحٌ، وَكَذَا فِيمَا يَحْتَمِلُهَا عِنْدَ البَعْضِ لِأَنَّ الشُّيُوعَ طَارِئٌ. وَعِنْدَ البَعْضِ لَا يَصِحُّ لِأَنَّهُ تَنْفِيذُ الهِبَةِ فِي الشَّائِعِ وَصَارَ كَإِقَامَةِ البَيِّنَتَيْنِ عَلَى الِارْتِهَانِ وَهٰذَا أَصَحُّ.

قَالَ: (وَإِذَا ادَّعَىٰ أَحَدُهُمَا الشِّرَاءَ وَادَّعَتِ امْرَأَتُهُ أَنَّهُ تَزَوَّجَهَا عَلَيْهِ فَهُمَا

إلى المآل، ولأنَّ امتناع الرجوع لحصول المقصود بِها وهو الثواب لا لقوَّة السبب، ولو حصل المقصود بالهبة وهو صلة الرحم لم يرجع فيها أيضاً.

قوله: لِأَنَّ الشُّيُوعَ طَارِئٌ، لأنَّ كل واحد منهما أثْبَت قبضه في الكلِّ، إلا أنه لم يسلَّم له البعض لمزاحمة صاحبه، وهذه المزاحمة بعد القبض فكان الشيوع طارئًا، وفي المبسوط: ولو ادَّعىٰ رجلٌ هبةً مقبوضةً وادَّعىٰ الآخر صدقةً مقبوضةً وأقاما البينة فإن وُقِّتت إحدى البينتين ولم تؤقَّت الأخرىٰ قضيت بِها لصاحب الوقت، لأنَّ كلَّ واحد منهما أثْبَت سبب ملكٍ حادثٍ وإنَّما يُحال بحدوثه إلىٰ أقرب الأوْقَات وقد أثْبَت أحدهما تاريخًا سابقًا بالتوقيت فيقضىٰ بِها له، وإن كان في يده لم يوقت شهوده قضيت بِها له لأنَّ قبضه دليلُ سبق عقده وهو دليلٌ معاينٌ والتوقيت في حق الآخر مخبِر به، وليس الخبر كالمعاينة، إلا أن يقيم الآخر بينةً أنه الأول فحينئذٍ يكون هو أوْلىٰ لإثباته الملك في وقتٍ لا ينازعه الآخر، وإن لم يكن هناكَ تاريخٌ ولا قبض معاينٍ لأحدٍ ففيما لا يقسم يقضىٰ به بينهما نصفين لاستوائهما في سبب الاستحقاق، وفي ما يحتمل القسمة كالدَّار ونحوها تبطل البينتان جميعًا إذا لم يكن فيهما ما يترَجَّح أحدهما من قبضٍ أو تاريخ، لأنَّا لو علمنا بِها قضينا لكلِّ واحد منهما بالنصف لأنَّ كلَّ واحد منهما أثْبَت قبضه في الكلِّ ثمَّ الشيوع بعد ذلك طارئٌ وذلك لا يمنع صحَّة الهبة والصدقة، والأصحُّ أنَّ المذكور في الكتاب قولهم

سَوَاءٌ) لِاسْتِوَائِهِمَا فِي القُوَّةِ فَإِنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ يُثْبِتُ المِلْكَ بِنَفْسِهِ وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: الشِّرَاءُ أَوْلَىٰ وَلَهَا عَلَى الزَّوْجِ القِيمَةُ لِأَنَّهُ أَمْكَنَ العَمَلُ بِالْبَيِّنَتَيْنِ بِتَقْدِيمِ الشِّرَاءِ، إِذِ التَّزَوُّجُ عَلَىٰ عَيْنٍ مَمْلُوكَةٍ لِلْغَيْرِ صَحِيحٌ وَتَجِبُ قِيمَتُهُ عِنْدَ تَعَذُّرِ تَسْلِيمِهِ (وَإِذَا ادَّعَىٰ أَحَدُهُمَا رَهْنًا وَقَبْضًا وَالآخَرُ هِبَةً وَقَبْضًا وَأَقَامَا بَيِّنَةً فَالرَّهْنُ أَوْلَىٰ) وَهٰذَا اسْتِحْسَانٌ، وَفِي القِيَاسِ الهِبَةُ أَوْلَىٰ لِأَنَّهَا تُثْبِتُ المِلْكَ وَالرَّهْنُ لَا يُثْبِتُهُ. وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ المَقْبُوضَ بِحُكْمِ الرَّهْنِ مَضْمُونٌ وَبِحُكْمِ

جميعًا لأنَّا لو قضينا لكلٍّ واحد منهما بالنصف فإنَّما نقضي بالعقد الذي شَهد به شهوده، وعند اختلاف العقدين لا تجوز الهبة لرجلين عندهم جميعًا وإنَّما يثبت الملك بقضاء القاضي وتمكن الشيوع في الملك المستفاد بالهبة مانعُ صحَّتها.

قوله: لِاسْتِوَائِهِمَا فِي القُوَّةِ، فإنَّ كلَّ واحد منهما معاوضةٌ يثبت الملك بنفسه، فإن قيل: الشراء مبادلة المال بالمال ويوجب الضمان في العوضين والنكاح مبادلة مالٍ بما ليسَ بمالٍ غير موجب للضمان في المنكوحة فكان الشراء أقْوَىٰ، قلنا: النكاح أقْوَىٰ لأنَّ الملك في الصداق يثبت بنفس العقد متأكدًا حتَّىٰ لا يبطل بالهلاك قبل التسليم، بخلاف الملك في المشترى، ويجوز التَّصرف في الصداق قبل القبض بخلاف المشتري، وفيما قال محمد رحمه الله تعالىٰ إثبات تاريخ لم يشهد به الشهود والتاريخ بين العقدين لا يثبت إلا بحجَّةٍ ولا يكون عملاً بالبيِّنتين أيضًا لأنَّ المقصود من ذكر السبب ملك العين والنكاح إذا تأخَّر لم يوجب ملك المسمَّىٰ كما إذا تأخَّر الشراء وهما سواءٌ في حقِّ ملك العين.

قوله: وَفِي القِيَاسِ الهِبَةُ أَوْلَىٰ لِأَنَّهَا تُثْبِتُ المِلْكَ، أي لأنَّ الهبة تثبت ملك العين والرهن لا يثبته فكانت البينة المثبتة لملك العين أكثر إثباتًا فكان أوْلىٰ.

الهِبَةِ غَيْرُ مَضْمُونٍ وَعَقْدُ الضَّمَانِ أَقْوَىٰ. بِخِلَافِ الهِبَةِ بِشَرْطِ العِوَضِ لِأَنَّهُ بَيْعٌ انْتِهَاءٍ وَالْبَيْعُ أَوْلَىٰ مِنَ الرَّهْنِ لِأَنَّهُ عَقْدُ ضَمَانٍ يُثْبِتُ المِلْكَ صُورَةً وَمَعْنًى، وَالرَّهْنُ لَا يُثْبِتُهُ إِلَّا عِنْدَ الهَلَاكِ مَعْنًى لَا صُورَةً فَكَذَا الهِبَةُ بِشَرْطِ العِوَضِ (وَإِنْ أَقَامَ الخَارِجَانِ البَيِّنَةَ عَلَى المِلْكِ وَالتَّارِيخِ فَصَاحِبُ التَّارِيخِ الأَقْدَمِ أَوْلَىٰ) لِأَنَّهُ أَثْبَتَ أَنَّهُ أَوَّلُ المَالِكَيْنِ فَلَا يَتَلَقَّى المِلْكَ إِلَّا مِنْ جِهَتِهِ وَلَمْ يَتَلَقَّ الآخَرُ مِنْهُ.

قَالَ: (وَلَوِ ادَّعَيَا الشِّرَاءَ مِنْ وَاحِدٍ) مَعْنَاهُ مِنْ غَيْرِ صَاحِبِ اليَدِ (وَأَقَامَا البَيِّنَةَ عَلَىٰ تَارِيخَيْنِ فَالأَوَّلُ أَوْلَىٰ) لِمَا بَيَّنَّا أَنَّهُ أَثْبَتَهُ فِي وَقْتٍ لَا مُنَازِعَ لَهُ فِيهِ (وَإِنْ أَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا البَيِّنَةَ عَلَىٰ الشِّرَاءِ مِنْ آخَرِ، وَذَكَرَا

قوله: وَعَقْدُ الضَّمَانِ أَقْوَىٰ، وهذا لأنه يثبت البدلين المرهون والدين والهبة لا تثبت إلا بدلاً واحدًا فكانت أكثر إثباتًا فصار كالشراء مع الهبة.

قوله: وَلَوِ ادَّعَيَا الشِّرَاءَ مِنْ وَاحِدٍ، مَعْنَاهُ مِنْ غَيْرِ صَاحِبِ اليَدِ، كأنه قيدٌ لقوله: معناه من غير صاحب اليد كيلا يلزم التكرار، لأنه قال أوّلاً: ولو ادَّعى اثنان كل منهما أنه اشترى منه هذا العبد، معناه من صاحب اليد ورتَّب عليه الأحكام، وذكر من جملتها هذا الحكم المذكور هنا، فثبتَ بذلك أنه لا فرقَ بين أن يدعيا الشراء من صاحب اليد أو من غيره في هذا الحكم.

قوله: وَذَكَرَا تَارِيخًا، أي سواءٌ كان تاريخهما واحدًا أو كان أحدهما أسْبَق تاريخًا فهما سواءٌ، لأنَّهما يثبتان الملك لبائعهما ولا تاريخَ لملك البائعين فيصير كأنَّهما حضرا وأقاما البينة على الملك بدون التاريخ كان الملك بينهما، فكذا فيمن تلقَّى الملك منهما،

تَارِيخًا فَهُمَا سَوَاءٌ) لِأَنَّهُمَا يُثْبِتَانِ المِلْكَ لِبَائِعَيْهِمَا فَيَصِيرُ كَأَنَّهُمَا حَضَرَا ثُمَّ يُخَيَّرُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَمَا ذَكَرْنَا مِنْ قَبْلُ (وَلَوْ وُقِّتَتْ إِحْدَى البَيِّنَتَيْنِ وَقْتًا وَلَمْ تُؤَقَّتِ الأُخْرَىٰ قَضَىٰ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ) لِأَنَّ تَوْقِيتَ إِحْدَاهُمَا لَا يَدُلُّ عَلَىٰ تَقَدُّمِ المِلْكِ لِجَوَازِ أَنْ يَكُونَ الآخَرُ أَقْدَمَ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ البَائِعُ وَاحِدًا لِأَنَّهُمَا اتَّفَقَا عَلَىٰ أَنَّ المِلْكَ لَا يُتَلَقَّىٰ إِلَّا مِنْ جِهَتِهِ، فَإِذَا أَثْبَتَ أَحَدُهُمَا تَارِيخًا يُحْكَمُ بِهِ حَتَّىٰ يَتَبَيَّنَ أَنَّهُ تَقَدَّمَ شِرَاءُ غَيْرِهِ. (وَلَوِ ادَّعَىٰ أَحَدُهُمَا الشِّرَاءَ مِنْ رَجُلٍ وَالآخَرُ الهِبَةَ وَالْقَبْضَ مِنْ غَيْرِهِ وَالثَّالِثُ المِيرَاثَ مِنْ أَبِيهِ وَالرَّابِعُ الصَّدَقَةَ وَالْقَبْضَ مِنْ آخَرَ قَضَىٰ بَيْنَهُمْ أَرْبَاعًا)، لِأَنَّهُمْ يَتَلَقَّوْنَ المِلْكَ مِنْ بَاعَتِهِمْ فَيَجْعَلُ كَأَنَّهُمْ حَضَرُوا وَأَقَامُوا البَيِّنَةَ عَلَى المِلْكِ المُطْلَقِ.

قَالَ: (فَإِنْ أَقَامَ الخَارِجُ البَيِّنَةَ عَلَىٰ مِلْكٍ مُؤَرَّخٍ وَصَاحِبُ اليَدِ بَيِّنَةً عَلَىٰ مِلْكٍ أَقْدَمَ تَارِيخًا كَانَ أَوْلَىٰ) وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ مُحَمَّدٍ. وَعَنْهُ أَنَّهُ لَا تُقْبَلُ بَيِّنَةُ ذِي اليَدِ رَجَعَ إِلَيْهِ ....

بخلاف ما إذا ادَّعيا الشراء من واحد معيَّن لأنَّهما اتفقا أنَّ الملك كان له وإنَّما يختلفان في التلقي منه، وأسبَقهما تاريخًا أثْبَت التلقي لنفسه في زمانٍ لا ينازعه فيه صاحبه فيقضىٰ له بذلك ولا يقضىٰ للغير بعد ذلك، إلا إذا ادَّعى التلقي منه والآخر لا يدَّعي التلقي منه.

قوله: ثُمَّ يُخَيَّرُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَمَا ذَكَرْنَا مِنْ قَبْلُ، وهو قوله: وكل واحد منهما بالخيار إن شاء أخذ نصف العبد بنصف الثمن وإن شاء ترك.

لِأَنَّ البَيِّنَتَيْنِ قَامَتَا عَلَىٰ مُطْلَقِ المِلْكِ وَلَمْ يَتَعَرَّضَا لِجِهَةِ المِلْكِ فَكَانَ التَّقَدُّمُ وَالتَّأَخُّرُ سَوَاءً. وَلَهُمَا أَنَّ البَيِّنَةَ مَعَ التَّارِيخِ مُتَضَمِّنَةٌ مَعْنَى الدَّفْعِ، فَإِنَّ المِلْكَ إِذَا ثَبَتَ لِشَخْصٍ فِي وَقْتٍ فَثُبُوتُهُ لِغَيْرِهِ بَعْدَهُ لَا يَكُونُ إِلَّا بِالتَّلَقِّي مِنْ جِهَتِهِ وَبَيِّنَةُ ذِي اليَدِ عَلَى الدَّفْعِ مَقْبُولَةٌ، وَعَلَى هٰذَا الخِلَافِ لَوْ كَانَتِ الدَّارُ فِي أَيْدِيهِمَا ....

قوله: لِأَنَّ البَيِّنَتَيْنِ قَامَتَا عَلَىٰ مُطْلَقِ المِلْكِ وَلَمْ يَتَعَرَّضَا لِجِهَةِ المِلْكِ، احترز به عمَّا إذا قامت البيِّنتان على شراء مؤرَّخ وإحداهما أَسْبَق تاريخًا من الأخرىٰ فالأسبق أَوْلىٰ روايةً واحدةً فيما إذا كان البائع واحدًا، وفيما إذا كان البائع اثنين اختلفت روايات الكتب، فما ذكر في الهداية يشير إلىٰ أنه لا عبرةَ لسبق التاريخ، وفي المبسوط: ما يدلُّ علىٰ أنَّ أَسْبَق التاريخين أَوْلىٰ في ذلك فقد ذكر فيه، ولو ادَّعيا الملك بالشراء كل واحد منهما من رجلٍ أو من واحد وأرَّخا وأحدهما أَسْبَق تاريخًا كان صاحب أَسْبَق التاريخين أَوْلىٰ.

قوله: مُتَضَمِّنَةٌ مَعْنَى الدَّفْعِ، وهذا لأنَّ الملك إذا ثَبَتَ لشخصٍ فثبوته لغيره بعده لا يكون إلَّا بالتلقي منه فصارت بينة ذي اليد بذكر التاريخ متضمنةً دفعَ بينة الخارج على معنىٰ أنَّها لا تصحُّ إلَّا بعد إثبات التلقي من قبله، وبينته على الدفع مقبولةٌ، كبينة المرأة والعبد والأمة بالطلاق والعتاق على الوكيل بنقلهم لقصر يد الوكيل عنهم، ولأنَّ يد ذي اليد دلَّت على الملك ولكن لا تدلُّ علىٰ سبق التاريخ فوجب قبول بينته على التاريخ، كما وجب قبول بيِّنته على النتاج، لأنه إنَّما وجب قبول بينته على النتاج لكون تاريخه أَسْبَق فكذا هنا.

قوله: وَعَلَىٰ هٰذَا الخِلَافِ لَوْ كَانَتِ الدَّارُ فِي أَيْدِيهِمَا، فعندهما الدَّارُ لصاحب الوقت الأقدم، وعند محمد يبطل التقدم ويكون الدار بينهما لأنَّ كل واحد منهما خارجٌ

وَالْمَعْنَىٰ مَا بَيَّنَّا، وَلَوْ أَقَامَ الخَارِجُ وَذُو اليَدِ البَيِّنَةَ عَلَىٰ مِلْكٍ مُطْلَقٍ وَوُقِّتَتْ إِحْدَاهُمَا دُونَ الأُخْرَىٰ فَعَلَىٰ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ الخَارِجُ أَوْلَىٰ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -: صَاحِبُ الوَقْتِ أَوْلَىٰ لِأَنَّهُ أَقْدَمُ وَصَارَ كَمَا فِي دَعْوَى الشِّرَاءِ إِذَا أُرِّخَتْ إِحْدَاهُمَا كَانَ صَاحِبُ التَّارِيخِ أَوْلَىٰ. وَلَهُمَا أَنَّ بَيِّنَةَ ذِي اليَدِ إِنَّمَا تُقْبَلُ لِتَضَمُّنِهَا مَعْنَى الدَّفْعِ، وَلَا دَفْعَ هَاهُنَا حَيْثُ وَقَعَ الشَّكُّ فِي التَّلَقِّي مِنْ جِهَتِهِ، وَعَلَىٰ هٰذَا إِذَا كَانَتِ الدَّارُ فِي أَيْدِيهِمَا، وَلَوْ كَانَتْ فِي يَدِ ثَالِثٍ المَسْأَلَةُ بِحَالِهَا

وذو اليد ففيما في يده ذو اليد وفيما في يد صاحبه خارجٌ فيأخذ كلَّ واحد منهما ما في يد صاحبه.

قوله: وَالْمَعْنَىٰ مَا بَيَّنَّا، وهو ما ذكر من الدليل في الطرفين.

قوله: لِأَنَّهُ أَقْدَمُ، لأنه أثبتُ لنفسه الملك في ذلك الوقت تعينًا ومن لم يؤقت يثبت للحال، وفي ثبوته في وقت تاريخ صاحبه شكٌّ فلا يعارضه.

قوله: وَصَارَ كَمَا فِي دَعْوَى الشِّرَاءِ إِذَا أُرِّخَتْ إِحْدَاهُمَا، يعني إذا ادَّعيا الشراء من بائعٍ واحد وأرَّخ أحدهما دون الآخر حينئذٍ يقضى به للمؤرِّخ، وأمَّا إذا ادَّعيا الشراء من بائعين فوقتُ أحدهما دون الآخر قضي بينهما نصفين.

قوله: وَلَهُمَا أَنَّ بَيِّنَةَ ذِي اليَدِ إِنَّمَا تُقْبَلُ لِتَضَمُّنِهَا مَعْنَى الدَّفْعِ، أي دفع بينة الخارج على معنىٰ أنَّها لا تصحُّ إلَّا بعد إثبات التلقي من قبله، وهنا وقع الاحتمال في معنى الدفع لوقوع الشكِّ في وجوب التلقي من جهته لجواز أنَّ شهود الخارج لو وقفوا لكان أقْدَم، فإذا وقع الشكُّ في تضمنها معنى الدفع فلا تقبل مع الشكِّ والاحتمال.

قوله: وَلَوْ كَانَتْ فِي يَدِ ثَالِثٍ وَالْمَسْأَلَةُ بِحَالِهَا، أي وُقِّت بينة أحد الخارجين في

فَهُمَا سَوَاءٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: الَّذِي وَقَّتَ أَوْلَىٰ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: الَّذِي أَطْلَقَ أَوْلَىٰ لِأَنَّهُ ادَّعَىٰ أَوَّلِيَّةَ المِلْكِ بِدَلِيلِ اسْتِحْقَاقِ الزَّوَائِدِ وَرُجُوعِ البَاعَةِ بَعْضِهِمْ عَلَى البَعْضِ. وَلِأَبِي يُوسُفَ أَنَّ التَّارِيخَ يُوجِبُ المِلْكَ فِي ذٰلِكَ الوَقْتِ بِيَقِينٍ. وَالْإِطْلَاقُ يَحْتَمِلُ غَيْرَ الأَوَّلِيَّةِ، وَالتَّرْجِيحُ بِالتَّيَقُّنِ؛ كَمَا لَوِ ادَّعَيَا الشِّرَاءَ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ التَّارِيخَ يُضَامُّهُ احْتِمَالُ عَدَمِ التَّقَدُّمِ فَسَقَطَ اعْتِبَارُهُ فَصَارَ كَمَا لَوْ أَقَامَا البَيِّنَةَ عَلَىٰ مِلْكٍ مُطْلَقٍ، بِخِلَافِ الشِّرَاءِ لِأَنَّهُ أَمْرٌ حَادِثٌ فَيُضَافُ إِلَىٰ أَقْرَبِ الأَوْقَاتِ فَيَتَرَجَّحُ جَانِبُ صَاحِبِ التَّارِيخِ.

الملك المطلق دون الأخرىٰ.

قوله: بِدَلِيلِ اسْتِحْقَاقِ الزَّوَائِدِ، أي الزوائد المتصلة والمنفصلة كالأولاد والأكساب.

قوله: يُضَامُّهُ احْتِمَالُ عَدَمِ التَّقَدُّمِ، أي يُزاحمه، وهذا لأنَّ الذي لم يؤرخ كما احتمل أن يكون متأخرًا عنه احتمل أن يكون سابقًا علىٰ تاريخ صاحبه، أو لأنَّ التاريخ إن كان يقتضي السبق لفظًا من حيث اقتصار دلالة لفظ الدعوى على الحال فعدم التاريخ له دلالة السبق بحسب المعنىٰ كما قال محمد رحمه الله تعالىٰ، وإذا وقع التعارض بين الاحتمالين سقط اعتبار التاريخ وصار كما لو أقاما البينة على الملك المطلق، اعلم أنَّ الرجلين إذا ادَّعيا عينًا وبرهنا فلا يخلو إمَّا أن يدعيا ملكًا مطلقًا، أو شراءً، أو إرثًا، وكلُّ قسمٍ ثلاثة أقسام: لأنه إمَّا أن يكون المدعى في يد ثالثٍ، أو في يدهما، أو في يد أحدهما، وكل وجه علىٰ أربعة أقسام: لأنه إمَّا أن لا يؤرِّخا، أو أرَّخا تاريخًا واحدًا، أو أرَّخا

قَالَ: (وَإِنْ أَقَامَ الخَارِجُ وَصَاحِبُ اليَدِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةً عَلَى النِّتَاجِ فَصَاحِبُ اليَدِ أَوْلَىٰ) لِأَنَّ البَيِّنَةَ قَامَتْ عَلَىٰ مَا لَا تَدُلُّ عَلَيْهِ فَاسْتَوَيَا،

وتاريخ أحدهما أسْبَق، أو أرَّخ أحدهما دون الآخر، وجملة ذلك ستة وثلاثون فصلاً، وقد عُرف ذلك في موضعه.

قوله: وَإِنْ أَقَامَ الخَارِجُ وَصَاحِبُ اليَدِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةً عَلَى النِّتَاجِ فَصَاحِبُ اليَدِ أَوْلَىٰ، سواءٌ أقام صاحب اليد بينةً علىٰ دعواه قبل القضاء بِها للخارج أو بعده، وهذا جواب الاستحسان، وفي القياس الخارج أوْلىٰ وبه أخذ ابن أبي ليلىٰ، ووجهه أنَّ بينة الخارج أكثر استحقاقًا من بينة ذي اليد لأنَّ الخارج ببينته كما يثبت استحقاق أولوية الملك بالنتاج يثبت استحقاق الملك الثابت لذي اليد بظاهر يده، وذو اليد ببينته لا يثبت استحقاق الملك الثابت للخارج بوجه ما، وكانت بينة الخارج أوْلىٰ بالقبول كما في دعوى الملك المطلق، وجه الاستحسان ما رواه أبو حنيفةَ رحمه الله تعالىٰ عن الهيثم عن رجل عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه أنَّ رجلاً ادَّعىٰ ناقةً في يدي رجل وأقامَ البينة أنَّها ناقة نتجتها دابته وأقامَ ذو اليد البيِّنة أنَّها ناقةٌ نتجتها دابته، فقضى الرسول عليه الصلاة والسلام للذي هيَ في يديه، ولأنَّ يد ذي اليد لا تدلُّ على أوليَّة الملك فهو يثبت ببينته ما ليس بثابت بظاهر يده فوجب قبول بينته ثمَّ تترجح بيده، بخلاف الملك المطلق لأنَّ هناك لا يثبت ببينته إلا ما هو ثابت بظاهر يده، ثمَّ إنَّما قلنا أنَّ ذا اليد لو أقامَ بينة على دعوى النتاج بعد ما قضي للخارج يقبل بينته لأنَّ الخارج ببينته لم يستحقَّ على ذي اليد شيئًا، فلم يصر ذو اليد مقضيًا عليه فتسمع بينته كما تسمع بينة أجنبيٍّ آخر، وفي دعوى الملك المطلق لو تفرَّد الخارج بإقامة البينة وقضي له ثمَّ أقام صاحب اليد بينةً أنه له لا تسمع بينته، لأنَّ الخارج ببينته استحقَّ على ذي اليد الملك الثابت له لظاهر يده فصار ذو اليد مقضيًا عليه فلا تسمع بينته بعد ذلك، وأمَّا قوله: أنَّ بينة الخارج أكثر استحقاقـًا، قلنا نعم كذلك إلا أنَّ في بينة ذي

وَتَرَجَّحَتْ بَيِّنَةُ ذِي اليَدِ بِالْيَدِ فَيُقْضَىٰ لَهُ وَهٰذَا هُوَ الصَّحِيحُ، خِلَافًا لِمَا يَقُولُهُ عِيسَى بْنُ أَبَانَ إِنَّهُ تَتَهَاتَرُ البَيِّنَتَانِ وَيُتْرَكُ فِي يَدِهِ لَا عَلَىٰ طَرِيقِ القَضَاءِ،

اليد سبق التاريخ لأنَّها تثبت أولية الملك على وجه لا يحتمل التمليك من جهة الغير فكان أَوْلىٰ، ألا ترىٰ أنَّهما لو ادَّعيا ملكًا مطلقًا وأرَّخا وذو اليد أَسْبَقهما تاريخًا يقضى لذي اليد وإن كان في بينة الخارج زيادة استحقاقٍ على ذي اليد، قال شيخ الإسلام رحمه الله تعالىٰ: الحاصل أنَّ بينة ذي اليد إنَّما تترجح علىٰ بينة الخارج على النتاج إذا ادَّعى الخارج الملك المطلق إذا لم يدع الخارج فعلاً علىٰ ذي اليد نحو الغصب، أو الوديعة، أو الإجارة، أو الرهن، أو ما أشبه ذلك، وأمَّا إذا ادَّعى الخارج فعلاً مع ذلك فبينة الخارج أَوْلىٰ.

قوله: وَهٰذَا هُوَ الصَّحِيحُ، وجه الصحَّة هو أنَّ محمدًا رحمه الله تعالىٰ ذكر في خارجين أقام كلُّ واحد منهما البينةَ على النتاج أنه يقضىٰ به بينهما نصفين، ولو كان الطريق ما قاله لكان يتْرُك في يد ذي اليد، وكذلك قال: ولو كانت الشاة المذبوحة في يد أحدهما وسواقطها في يد الآخر وأقامَ كلُّ واحد منهما البينةَ على النتاج فيها يقضىٰ بِها وبالسواقط لمن في يده أصل الشاة، ولو كان الطريق تَهاتر البينتين لكان يتْرَك في يد كلِّ واحد منهما ما في يده.

قوله: خِلَافًا لِمَا يَقُولُهُ عِيسَى بْنُ أَبَانَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ إِنَّهُ تَتَهَاتَرُ البَيِّنَتَانِ وَيُتْرَكُ فِي يَدِهِ لَا عَلَىٰ طَرِيقِ القَضَاءِ، وجه قوله أنَّ القاضي تيقَّن بكذب أحدهما إذ لا تصوُّر لنتاج دابةٍ من دابتين، قلتُ لا معنى لذلك لأنَّ الشهادة على النتاج ليست بمعاينة الانفصال من الأمِّ بل برؤية الفصيل يتبع الناقة وكل واحد من الفريقين اعتمد سببًا ظاهرًا لأداء الشهادة فيجب العمل بِهما، ولا يُصار إلى التهاتر بمنزلة شهادة الفريقين على الملكين حيث لا يتهاتر البينتان مع أنَّ العين الواحد لا يتصوَّر أن يكون مملوكًا لشخصين في زمانٍ واحدٍ لكلِّ واحد منهما بكماله، ولكن لمَّا وجد القاضي بشهادة كل واحد من الفريقين محملاً

وَلَوْ تَلَقَىٰ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا المِلْكَ مِنْ رَجُلٍ أَقَامَ البَيِّنَةَ عَلَى النِّتَاجِ عِنْدَهُ فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ إِقَامَتِهَا عَلَى النِّتَاجِ فِي يَدِ نَفْسِهِ (وَلَوْ أَقَامَ أَحَدُهُمَا البَيِّنَةَ عَلَى المِلْكِ وَالآخَرُ عَلَى النِّتَاجِ فَصَاحِبُ النِّتَاجِ أَوْلَىٰ أَيُّهُمَا كَانَ) لِأَنَّ بَيِّنَتَهُ قَامَتْ عَلَىٰ أَوَّلِيَّةِ المِلْكِ فَلَا يَثْبُتُ لِلآخَرِ إِلَّا بِالتَّلَقِّي مِنْ جِهَتِهِ، وَكَذٰلِكَ إِذَا كَانَتِ الدَّعْوَىٰ بَيْنَ خَارِجَيْنِ فَبَيِّنَةُ النِّتَاجِ أَوْلَىٰ لِمَا ذَكَرْنَا (وَلَوْ قُضِيَ بِالنِّتَاجِ لِصَاحِبِ اليَدِ ثُمَّ أَقَامَ ثَالِثٌ البَيِّنَةَ عَلَى النِّتَاجِ يَقْضِي لَهُ إِلَّا أَنْ يُعِيدَهَا ذُو اليَدِ) لِأَنَّ الثَّالِثَ لَمْ يَصِرْ مَقْضِيًّا عَلَيْهِ بِتِلْكَ القَضِيَّةِ،

يطلق له أداء الشهادة بأن عَايَن أحد الفريقين أحد الخصمين باشر سبب الملك وعاين الفريق الآخر يتصرَّفُ فيه تصرف الملاك قبل شهادة الفريقين كذا هنا، وثمرة الخلاف إنَّما تظهرُ في حقِّ تحليف ذي اليد وعدمه، فعند عيسىٰ بن أبان يحلف ذو اليد للخارج لأنَّ البينتين لمَّا تَهاترتا صار كأنَّ البينتين لم تقوَّما بالشهادة أصلاً فيقضىٰ لذي اليد قضاء ترك بعد ما حلف للخارج، وعندنا لا يحلف.

قوله: وَلَوْ تَلَقَىٰ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا، أي كلّ واحد من الخارج وذي اليد، والضمير في عنده يرجع إلىٰ رجل، ولذلك لو أقام البيِّنة علىٰ وراثة أو وصيَّة أو هبة مقبوضةٍ من رجل ولد في ملك ذلك الرجل لأنه يتلقى الملك من جهة مورثه أو من موصيه فيكون خصمًا عنه في إثبات نتاجه.

قوله: لِأَنَّ الثَّالِثَ لَمْ يَصِرْ مَقْضِيًّا عَلَيْهِ بِتِلْكَ القَضِيَّةِ، لأنَّ التملك بالنتاج لا يكون استحقاقًا علىٰ أحدٍ لأنه تبيَّن أنه من الابتداء كان ملكًا له وهو لا يتكرَّرُ، فلمَّا لم يصر الثالث مقضيًا عليه في تلك الحادثة تسمع بينته.

وَكَذَا المَقْضِيُّ عَلَيْهِ بِالْمِلْكِ المُطْلَقِ إِذَا أَقَامَ البَيِّنَةَ عَلَى النِّتَاجِ تُقْبَلُ وَيُنْقَضُ القَضَاءُ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ النَّصِّ.

قَالَ: (وَكَذٰلِكَ النَّسْجُ فِي الثِّيَابِ الَّتِي لَا تُنْسَجُ إِلَّا مَرَّةً) كَغَزْلِ القُطْنِ (وَكَذٰلِكَ كُلُّ سَبَبٍ فِي المِلْكِ لَا يَتَكَرَّرُ) لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى النِّتَاجِ

قوله: وَكَذَا المَقْضِيُّ عَلَيْهِ بِالْمِلْكِ المُطْلَقِ إِذَا أَقَامَ البَيِّنَةَ عَلَى النِّتَاجِ تُقْبَلُ، صورته ما إذا أقام الخارج البيِّنة علىٰ ذي اليد في دابة معينة بالملك المطلق فقضى القاضي بِها له ثمَّ أقام ذو اليد البينة على النتاج يقضى بِها له وينقض القضاء الأول، وهذا استحسان، وفي القياس لا تقبل بينته لأنه صار مقضيًا عليه بالملك فلا تقبل بيِّنته، إلا أن يدعي تلقي الملك من جهة المقضي له، وجه الاستحسان: أنَّ من يقيم البينة على النتاج يثبتُ أولية الملك لنفسه وإن هذه العين حادثةٌ علىٰ ملكه فلا يتصوَّر استحقاق هذا الملك علىٰ غيره فلم يصر ذو اليد به مقضيًا عليه، وقد تبيَّن بإقامة البينة أنَّ القاضي أخطأ في قضائه وإنَّ أولية الملك لذي اليد فلهذا ينقض قضاؤه، بخلاف الملك المطلق، فإن قيل: القضاء ببينة الخارج مع بينة ذي اليد على النتاج مجتهدٌ فيه، فعند ابن أبي ليلىٰ بينة الخارج أوْلىٰ فينبغي أن لا ينقض قضاء القاضي لمصادفة موضع الاجتهاد، قلنا: إنَّما يكون قضاؤه عن اجتهاد إذا كانت بينة ذي اليد قائمةً عنده وقت القضاء فيرجِّح باجتهاد بينة الخارج عليها، وهذه البينة ما كانت قائمةً عند قضائه فلم يكن قضاؤه عن اجتهاد بل كان لعدم ما يدفع البينة من ذي اليد، فإذا أقامَ حجَّة الدفع انتقض القضاء الأول.

قوله: لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ النَّصِّ، أي إقامة البينة على النتاج بمنزلة نصٍّ ظهر بخلاف الاجتهاد، وهذا لأنه ظهر أنه قضىٰ للمدعي بمطلق الملك مع بيِّنة ذي اليد أنَّها نتجت عنده، والقضاء للمدعي في هذه الحالة باطلٌ فينتقض قضاؤه كما لو ظَهَرَ بخلافه.

كَحَلْبِ اللَّبَنِ وَاتِّخَاذِ الجُبْنِ وَاللِّبَدِ وَالْمِرْعِزَّىٰ وَجَزِّ الصُّوفِ، وَإِنْ كَانَ يَتَكَرَّرُ قُضِيَ بِهِ لِلْخَارِجِ بِمَنْزِلَةِ المِلْكِ المُطْلَقِ وَهُوَ مِثْلُ الخَزِّ وَالْبِنَاءِ وَالْغَرْسِ وَزِرَاعَةِ الحِنْطَةِ وَالْحُبُوبِ، فَإِنْ أَشْكَلَ يَرْجِعُ

قوله: وَالْمِرْعِزَّىٰ، إذا شدِّدت الزاى قصرت وإذا خففت مددت، والميم والعين مكسورتان، وقد يقال مَرعزًا بفتح الميم مخففًا، وهي كالصوف تحت شعر المعز، والخزُّ اسم دابة ثمَّ سمِّي الثوب المتخذ من وبره خزًّا، قيل هو ينسج فإذا بلي يغزل مرَّةً أخرىٰ ثمَّ ينسج.

قوله: وَجَزِّ الصُّوفِ، بأن اختلفا في الصوف وأقامَ كلُّ واحد منهما البينة أنه صوفه جزَّه من غنمه فإنه يقضى به لذي اليد، لأنَّ الجزَّ لا يكون إلَّا مرَّةً واحدةً فكان في معنى النتاج، فإن قيل: كيف يكون الجزُّ في معنى النتاج وهو ليس بسبب لأولية الملك فإنَّ الصوف علىٰ ظهر الشاة كان مملوكًا له قبل الجزِّ، قلنا: نعم ولكنَّه كان كوصف الشاة ولم يكن مالاً مقصودًا إلَّا بعد الجزِّ، ولهذا لا يجوز بيعه، وما تنازعا فيه مال مقصودٌ.

قوله: وَإِنْ كَانَ يَتَكَرَّرُ قُضِيَ بِهِ لِلْخَارِجِ بِمَنْزِلَةِ المِلْكِ المُطْلَقِ، والمعنىٰ فيه أنَّ الثوب الذي ينسج مرَّةً بعد مرَّةٍ يجوز أن يصير لذي اليد بالنسج ثمَّ يغصبه الخارج وينقضه وينسجه مرَّةً أخرىٰ فيصير ملكًا له بِهذا السبب بعد ما كان ملكًا لذي اليد، فكان بمعنى دعوى الملك المطلق من هذا الوجه، بخلاف الفصل الأوَّل فإنَّ الثوب الذي لا ينسج إلا مرَّةً إذا صار لذي اليد بنسجه لا يتصوَّر أن يصير للخارج نسجه فكان في معنى دعوى النتاج.

قوله: وَالْبِنَاءِ وَالْغَرْسِ وَزِرَاعَةِ الحِنْطَةِ، أمَّا في البناء بأن أقامَ كل واحد منهما البيِّنة أنَّها داره بناها بماله يقضى بِها للخارج لأنَّ البناء يكون مرَّةً بعد مرَّة فلم يكن في معنى

إِلَىٰ أَهْلِ الخِبْرَةِ لِأَنَّهُمْ أَعْرَفُ بِهِ، فَإِنْ أَشْكَلَ عَلَيْهِمْ قُضِيَ بِهِ لِلْخَارِجِ لِأَنَّ القَضَاءَ بِبَيِّنَتِهِ هُوَ الأَصْلُ وَالْعُدُولُ عَنْهُ بِخَبَرِ النَّتَاجِ، فَإِذَا لَمْ يَعْلَمْ يَرْجِعُ إِلَى الأَصْلِ.

قَالَ: (وَإِنْ أَقَامَ الخَارِجُ البَيِّنَةَ عَلَى المِلْكِ المُطْلَقِ وَصَاحِبُ اليَدِ البَيِّنَةَ عَلَى الشِّرَاءِ مِنْهُ كَانَ صَاحِبُ اليَدِ أَوْلَىٰ) لِأَنَّ الأَوَّلَ إِنْ كَانَ يَدَّعِي أَوَّلِيَّةَ المِلْكِ فَهٰذَا تَلَقَّىٰ مِنْهُ، وَفِي هٰذَا لَا تَنَافِي فَصَارَ كَمَا إِذَا أَقَرَّ بِالْمِلْكِ لَهُ ثُمَّ ادَّعَىٰ الشِّرَاءَ مِنْهُ.

قَالَ: (وَإِنْ أَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا البَيِّنَةَ عَلَى الشِّرَاءِ مِنَ الآخَرِ وَلَا تَارِيخَ

النتاج، وفي الغرس يقضىٰ به للخارج لأنَّ الشجر يغرس غير مرَّة فقد يغرس التالة إنسانٌ ثمَّ يقلعها غيره ويغرسها فلم يكن في معنى النتاج، وكذلك إذا كانت الدعوى في الحنطة بأن أقامَ كل واحد منهما البيِّنة أنَّها حنطة زَرَعها في أرضه قضي بِها للمدعي، لأنَّ الزرع قد يكون غير مرَّة فإنَّ الحنطة قد تزرع في الأرض ثمَّ يغربل التُّراب فيميز الحنطة منها ثمَّ يزرع ثانيةً فلم يكن هذا في معنى النتاج.

قوله: فَإِنْ أَشْكَلَ يَرْجِعُ إِلَىٰ أَهْلِ الخِبْرَةِ، أي إذا كان الثوب أو نحوه لا يستبين أنه ينسج مرَّة أو مرَّتين سأل القاضي أهل العلم عن ذلك، يريد به العدول منهم ويبني الحكم على قولهم، الواحد منهم يكفي والاثنان أحوط، قال الله تعالى: ﴿فَسْـَٔلُوٓاْ أَهْلَ ٱلذِّكْرِ إِن كُنتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾ [النحل: ٤٣].

قوله: وَالْعُدُولُ عَنْهُ بِخَبَرِ النَّتَاجِ، وهو ما رُوِيَ أن رجلاً ادعىٰ ناقةً في يد رجلٍ وأقامَ البينة أنَّها ناقته نتجتها، وأقام ذو اليد البينة أنَّها ناقته نتجتها، فقضىٰ رسول الله عليه الصلاة

مَعَهُمَا تَهَاتَرَتِ البَيِّنَتَانِ وَتُتْرَكُ الدَّارُ فِي يَدِ ذِي اليَدِ) قَالَ: وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَعَلَىٰ قَوْلِ مُحَمَّدٍ يَقْضِي بِالْبَيِّنَتَيْنِ وَيَكُونُ لِلْخَارِجِ لِأَنَّ العَمَلَ بِهِمَا مُمْكِنٌ فَيَجْعَلُ كَأَنَّهُ اشْتَرَىٰ ذُو اليَدِ مِنَ الآخَرِ وَقَبَضَ ثُمَّ بَاعَ الدَّارَ لِأَنَّ القَبْضَ دَلَالَةُ السَّبْقِ عَلَىٰ مَا مَرَّ، وَلَا يَعْكِسُ الأَمْرَ لِأَنَّ البَيْعَ قَبْلَ القَبْضِ لَا يَجُوزُ وَإِنْ كَانَ فِي العَقَارِ عِنْدَهُ. وَلَهُمَا أَنَّ الإِقْدَامَ عَلَى الشِّرَاءِ إِقْرَارٌ مِنْهُ بِالْمِلْكِ لِلْبَائِعِ فَصَارَ كَأَنَّهُمَا قَامَتَا عَلَى الإِقْرَارَيْنِ وَفِيهِ التَّهَاتُرُ بِالْإِجْمَاعِ، كَذَا هَاهُنَا، وَلِأَنَّ السَّبَبَ يُرَادُ لِحُكْمِهِ

والسلام للذي هيَ في يده.

قوله: لِأَنَّ القَبْضَ دَلَالَةُ السَّبْقِ عَلَىٰ مَا مَرَّ، إشارةٌ إلىٰ قوله: وإن لم يذكرا تاريخًا ومع أحدهما قبض فهو أوْلىٰ، لأنَّ تمكنه من قبضه يدلُّ على سبق شرائه.

قوله: وَلَا يَعْكِسُ الأَمْرَ، أي ولا يجعل كان الخاج اشتَرىٰ ذلك العين من ذي اليد أوّلاً ثمّ باعه من ذي اليد لأنَّ في ذلك يلزم البيع قبل القبض ولا يثبت القبض حتّىٰ يصحَّ لأنَّ ذا زيادةً علىٰ ما قامت به البينة فلا يجوز.

قوله: فَصَارَ كَأَنَّهُمَا قَامَتَا عَلَى الإِقْرَارَيْنِ، لأنَّ كل واحد منهما أثبَت الشراء من صاحبه والإقدام على الشراء إقرارٌ منه بالملك للبائع، وكل بائعٍ مقرٌّ بثبوت الملك للمشتري فكان هذا بمنزلة ما لو أقامَ كلُّ واحد منهما البينة علىٰ إقرار صاحبه بالملك، ولو كان كذلك تَهاترت الإقراران لأنَّ الثابت من الإقرارين بالبينة كالثابت بالمعاينة، ولو عاينا إقرارهما معًا بطلا، فإنَّ ما لا يعرف سبق أحدهما جعل كأنَّهما وقعا معًا وفيه التهاتر بالإجماع، فكذا ههنا.

قوله: وَلِأَنَّ السَّبَبَ يُرَادُ لِحُكْمِهِ، فيه جوابٌ عمّا قاله محمد رحمه الله تعالىٰ أنَّ

وَهُوَ المِلْكُ وَلَا يُمْكِنُ القَضَاءُ لِذِي اليَدِ إِلَّا بِمِلْكٍ مُسْتَحَقٍّ فَبَقِيَ القَضَاءُ لَهُ بِمُجَرَّدِ السَّبَبِ وَأَنَّهُ لَا يُفِيدُهُ. ثُمَّ لَوْ شَهِدَتِ البَيِّنَتَانِ عَلَىٰ نَقْدِ الثَّمَنِ فَالْأَلْفُ بِالْأَلْفِ قِصَاصٌ عِنْدَهُمَا إِذَا اسْتَوَيَا لِوُجُودِ قَبْضٍ مَضْمُونٍ مِنْ كُلِّ جَانِبٍ، وَإِنْ لَمْ يَشْهَدُوا عَلَىٰ نَقْدِ الثَّمَنِ فَالْقِصَاصُ مَذْهَبُ مُحَمَّدٍ لِلْوُجُوبِ عِنْدَهُ. وَلَوْ شَهِدَ الفَرِيقَانِ بِالْبَيْعِ وَالْقَبْضِ تَهَاتَرَتَا بِالْإِجْمَاعِ، لِأَنَّ الجَمْعَ غَيْرُ مُمْكِنٍ عِنْدَ مُحَمَّدٍ لِجَوَازِ كُلِّ وَاحِدٍ

العمل بالبيِّنتين ممكنٌ، قلنا: لا يمكن لأنه لا يمكن القضاء ببينة ذي اليد إلا بملكٍ مستحقٍّ عليه وإنه لا يفيده، وإنَّما يعتبَر إمكان العمل بالبينتين عند إمكان ثبوت موجبهما.

قوله: وَلَوْ شَهِدَ الفَرِيقَانِ بِالْبَيْعِ وَالْقَبْضِ تَهَاتَرَتَا بِالْإِجْمَاعِ، لِأَنَّ الجَمْعَ غَيْرُ مُمْكِنٍ عِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ، باعتبار أنَّ بيع كل واحد منهما جائزٌ لوجود البيع بعد القبض، وليسَ في البيعين ذكر التاريخ ولا دلالة التاريخ حتَّىٰ يجعل أحدهما سابقًا والآخر لاحقًا، بخلاف ما إذا لم يذكر القبض حيث يجعل شراء صاحب اليد سابقًا وبيعه لاحقًا، لدلالة التاريخ عليه وهو القبض، إذ لو جعلنا بيع الخارج لاحقًا يلزم البيع قبل القبض، وأمَّا ههنا لمَّا أثبتوا البيعَ والقبضَ لكلِّ واحد منهما كان بيعهما جائزًا وليسَ أحدهما بأَوْلىٰ من الآخر في القبول فتساقطا للتعارض، فبقي العين على يد صاحب اليد كما كان، وما ذكر في الهداية: تَهاترتا بالإجماع، يخالف ما ذكر في المبسوط، وهو أنَّ الشهود إذا لم يشهدوا بالقبض يجعل شراء ذي اليد سابقًا وبيعه متأخرًا فيؤمر بتسليمه إلى الخارج، وإن شهدوا بالقبض يجعل شراء الخارج سابقًا وبيعه متأخّرًا، لأنَّ قبضه منقضٍ عيانًا وانقضاء قبضه دليلٌ علىٰ سبق عقده وقيام قبض الآخر دليل تأخر عقده، ولأنا لو جعلنا عقد ذي اليد سابقًا كان قبضه غصبًا حرامًا، ولو جعلنا عقده متأخرًا كان بحقٍّ، فلهذا أثبتنا التاريخ بين العقدين

مِنَ الْبَيْعَيْنِ بِخِلَافِ الأَوَّلِ. وَإِنْ وُقِّتَتِ الْبَيِّنَتَانِ فِي الْعَقَارِ وَلَمْ تُثْبِتَا قَبْضًا وَوَقْتُ الْخَارِجِ أَسْبَقُ يُقْضَىٰ لِصَاحِبِ الْيَدِ عِنْدَهُمَا فَيُجْعَلُ كَأَنَّ الْخَارِجَ اشْتَرَىٰ أَوَّلًا ثُمَّ بَاعَ قَبْلَ الْقَبْضِ مِنْ صَاحِبِ الْيَدِ، وَهُوَ جَائِزٌ فِي الْعَقَارِ عِنْدَهُمَا. وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ يَقْضِي لِلْخَارِجِ لِأَنَّهُ لَا يَصِحُّ لَهُ بَيْعُهُ قَبْلَ الْقَبْضِ فَبَقِيَ عَلَىٰ مِلْكِهِ، وَإِنْ أَثْبَتَا قَبْضًا يَقْضِي لِصَاحِبِ الْيَدِ لِأَنَّ الْبَيْعَيْنِ جَائِزَانِ عَلَى الْقَوْلَيْنِ، وَإِنْ كَانَ وَقْتُ صَاحِبِ الْيَدِ أَسْبَقَ يُقْضَىٰ لِلْخَارِجِ فِي الْوَجْهَيْنِ فَيُجْعَلُ كَأَنَّهُ اشْتَرَاهَا ذُو الْيَدِ وَقَبَضَ ثُمَّ بَاعَ وَلَمْ

بِهذه الصفة، وأمَّا عندهما فتهاتر الشهادتان في الصورتين جميعًا، وذكر في الذخيرة: فأمَّا إذا شهدوا بالعقد والقبض فإنَّما يجعل القبض المعاين آخر القبضين، لأنَّ الأصل أنَّ القبض إذا ثبت عقيبَ عقدٍ يحال به علىٰ ذلك العقد، لأنَّه ظهر سببه والحكم متىٰ ثبت عقيبَ سببٍ فإنما يُحال به علىٰ ما ظهر من السبب لا علىٰ غيره، ولأنَّ أيَّ الشرائين قدمنا في هذه الصورة يصحُّ العقدان فيقدَّم شراء الخارج حتى لا يحتاج إلىٰ نقض القبض المعاين بالشكِّ، وفي الجامع الكبير مثل ما ذكر في المبسوط.

قوله: وَإِنْ وُقِّتَتِ الْبَيِّنَتَانِ فِي الْعَقَارِ، قيَّد بالعقار ليظهر ثمرة الخلاف كما ذكر.

قوله: وَإِنْ أَثْبَتَا قَبْضًا يَقْضِي لِصَاحِبِ الْيَدِ، أي بالإجماع.

قوله: يُقْضَىٰ لِلْخَارِجِ فِي الْوَجْهَيْنِ، أي سواءٌ شهد الشهود بالقبض أو لم يشهدوا، وإن أقام أحد المدعيين شاهدين والآخر أربعةً فهما سواءٌ، وعند الأوزاعي: يقضىٰ لأكثرهما عددًا لأنَّ القلب إلىٰ قول الأكثر أميل، وعند مالك رحمه الله تعالى: يقضىٰ لأعدل البينتين لأنَّ الشهادة إنَّما صارت حجةً بالعدالة والأعدلُ في كونه حجةً أقوىٰ فكان أوْلىٰ، ولنا أنَّ التَّرجيح لا يقع بكثرة العلة حتى لا يترجح القياس بقياسٍ آخر، ولا

يُسَلِّمْ أَوْ سَلَّمَ ثُمَّ وَصَلَ إِلَيْهِ بِسَبَبٍ آخَرَ.

قَالَ: (وَإِنْ أَقَامَ أَحَدُ الْمُدَّعِيَيْنِ شَاهِدَيْنِ وَالْآخَرُ أَرْبَعَةً فَهُمَا سَوَاءٌ) لِأَنَّ شَهَادَةَ كُلِّ الشَّاهِدِينَ عِلَّةٌ تَامَّةٌ كَمَا فِي حَالَةِ الِانْفِرَادِ، وَالتَّرْجِيحُ لَا يَقَعُ بِكَثْرَةِ العِلَلِ بَلْ بِقُوَّةٍ فِيهَا عَلَىٰ مَا عُرِفَ.

قَالَ: (وَإِذَا كَانَتْ دَارٌ فِي يَدِ رَجُلٍ ادَّعَاهَا اثْنَانِ أَحَدُهُمَا جَمِيعَهَا وَالْآخَرُ نِصْفَهَا وَأَقَامَا البَيِّنَةَ فَلِصَاحِبِ الجَمِيعِ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِهَا وَلِصَاحِبِ النِّصْفِ رُبْعُهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -) اعْتِبَارًا بِطَرِيقِ الْمُنَازَعَةِ، فَإِنَّ صَاحِبَ النِّصْفِ لَا يُنَازِعُ الآخَرَ فِي النِّصْفِ فَسَلَّمَ لَهُ بِلَا مُنَازِعٍ وَاسْتَوَتْ مُنَازَعَتُهُمَا فِي النِّصْفِ الآخَرِ فَيُنَصَّفُ بَيْنَهُمَا (وَقَالَا: هِيَ بَيْنَهُمَا أَثْلَاثًا) فَاعْتَبَرَا طَرِيقَ العَوْلِ وَالْمُضَارَبَةِ، فَصَاحِبُ الجَمِيعِ يَضْرِبُ بِكُلِّ حَقِّهِ سَهْمَيْنِ وَصَاحِبُ النِّصْفِ بِسَهْمٍ وَاحِدٍ فَتُقَسَّمُ أَثْلَاثًا، ....

الحديث بالحديث، ولا الآية بآية أخرىٰ، لأنَّ كل واحد منهما علةٌ بنفسه، أمَّا إذا كانت إحدى الآيتين تحتمل التأويل والأخرىٰ لا يحتمل فكان غير المحتمل أوْلىٰ، لأنه لمَّا لم تحتمل التأويل كان مفسرًا وكونه مفسرًا وصفُ فيه، والمفسَّر راجحٌ على النصِّ والظاهر، وكذلك الشهادتان إذا تعارضتا وإحداهما مستورةٌ والأخرىٰ عادلةٌ ترجَّحت العادلة بالعدالة، لأنَّها صفة الشهادة ولا ترجح بزيادة عدد الشهود لأنَّها ليست بصفةٍ لِمَا هو حجة من الشهادة بل مثلها، وشهادة كل عددٍ ركن مثل شهادة الآخر إلَّا أن يكون بعضها صفةً للبعض.

قوله: فَصَاحِبُ الجَمِيعِ يَضْرِبُ بِكُلِّ حَقِّهِ سَهْمَيْنِ، وفي المغرب: وقال الفقهاء:

وَلِهٰذِهِ المَسْأَلَةِ نَظَائِرُ وَأَضْدَادٌ لَا يَحْتَمِلُهَا هٰذَا المُخْتَصَرُ وَقَدْ ذَكَرْنَا فِي الزِّيَادَاتِ.

قَالَ: (وَلَوْ كَانَتْ فِي أَيْدِيهِمَا سَلِمَ لِصَاحِبِ الجَمِيعِ نِصْفُهَا عَلَىٰ وَجْهِ القَضَاءِ وَنِصْفُهَا لَا عَلَىٰ وَجْهِ القَضَاءِ) لِأَنَّهُ خَارِجٌ فِي النِّصْفِ فَيَقْضِي بِبَيِّنَتِهِ، وَالنِّصْفُ الَّذِي فِي يَدَيْهِ صَاحِبُهُ لَا يَدَّعِيهِ لِأَنَّ مُدَّعَاهُ النِّصْفُ وَهُوَ فِي يَدِهِ سَالِمٌ لَهُ، وَلَوْ لَمْ يَنْصَرِفْ إِلَيْهِ دَعْوَاهُ كَانَ ظَالِمًا بِإِمْسَاكِهِ وَلَا قَضَاءَ بِدُونِ الدَّعْوَىٰ فَيُتْرَكُ فِي يَدِهِ.

قَالَ: (وَإِذَا تَنَازَعَا فِي دَابَّةٍ وَأَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةً أَنَّهَا نَتَجَتْ عِنْدَهُ، وَذَكَرَا تَارِيخًا وَسِنُّ الدَّابَّةِ يُوَافِقُ أَحَدَ التَّارِيخَيْنِ فَهُوَ أَوْلَىٰ) لِأَنَّ الحَالَ

فلان يضرب فيه بالثلث، أي يأخذ منه شيئًا بحكم ماله من الثلث.

قوله: وَلِهٰذِهِ المَسْأَلَةِ نَظَائِرُ وَأَضْدَادٌ، فمن نظائرها: الموصىٰ له بجميع المال وبنصفه عند إجازة الورثة والموصىٰ له بعين من الموصىٰ له بنصف تلك العين إذا لم يكن للميِّت مالٌ سواه، ومن أضدادها: العبدُ المأذون له المشترك إذا أدَّانه أحد المولیين مائةَ درهمٍ وأجنبيٌّ مائةَ درهمٍ ثمَّ بيع بمائة درهمٍ فالقسمة بين المولى المدين والأجنبيِّ عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ بطريق العول أثلاثًا، وعندهما بطريق المنازعة أرباعًا، وكذا المدبَّر إذا قتل رجلاً خطأً وفقأ غير رجلٍ خطأً وغرم المولىٰ قيمته لهما، وممَّا اتفقوا علىٰ أنَّ القسمة فيها بطريق العول التَّركة بين الورثة والغرماء إذا ضاقت التَّركة عن إيفاء حقِّهم والموصىٰ له بالثلث مع الموصىٰ له بالسدس إذا لم يجز الورثة، وممَّا اتفقوا علىٰ أنَّ القسمة فيها بطريق المنازعة، فضوليٌّ باعَ عبد رجلٍ بغير أمره وباعَ فضوليٌّ آخر نصفه

يَشْهَدُ لَهُ فَيَتَرَجَّحُ (وَإِنْ أَشْكَلَ ذٰلِكَ كَانَتْ بَيْنَهُمَا) لِأَنَّهُ سَقَطَ التَّوْقِيتُ فَصَارَ كَأَنَّهُمَا لَمْ يَذْكُرَا تَارِيخًا. وَإِنْ خَالَفَ سِنُّ الدَّابَّةِ الوَقْتَيْنِ بَطَلَتِ البَيِّنَتَانِ، كَذَا ذَكَرَهُ الحَاكِمُ - رَحِمَهُ اللهُ - لِأَنَّهُ ظَهَرَ كَذِبُ الفَرِيقَيْنِ فَيُتْرَكُ فِي يَدِ مَنْ كَانَتْ فِي يَدِهِ.

قَالَ: (وَإِذَا كَانَ عَبْدٌ فِي يَدِ رَجُلٍ أَقَامَ رَجُلَانِ عَلَيْهِ البَيِّنَةَ أَحَدُهُمَا بِغَصْبٍ

وأجاز المولى البيعين فالقسمةُ بين المشتريين بطريق المنازعة أرباعًا علىٰ ما عُرف مع أصولها وفروعها في الزيادات وغيرها.

قوله: وَإِنْ أَشْكَلَ ذٰلِكَ كَانَتْ بَيْنَهُمَا، أي إذا كانا خارجين، أمَّا إذا كانت الدعوى بين الخارج وذي اليد في النتاج وأقاما البينة ووُقِّت البينتان في الدابة وقتين، فإن كانت الدابة علىٰ وفق بينة المدعي قضيت بِها له لأنَّ علامة الصدق ظهرت في شهادة شهوده وعلامة الكذب ظهرت في شهادة شهود ذي اليد، وأمَّا إذا كانت البينة علىٰ وفق بينة ذي اليد أو كانت مشكلة قضيت بِها لذي اليد إمَّا لظهور علامة الصدق في شهوده أو سقوط اعتبار التوقيت إذا كانت مشكلةً، ولم يذكر فيه ما إذا كانت سنُّ الدابة بين الوقتين اللَّذين ذكرهما بينتا الخارج وذي اليد، وذكر في الذخيرة: في ذلك عامة المشايخ علىٰ أنَّها تتهاتر البينتان وتترك الدابة في يد صاحب اليد.

قوله: وَإِنْ خَالَفَ سِنُّ الدَّابَّةِ الوَقْتَيْنِ، أي في دعوى الخارجين بطلت البينتان، كذا ذكره الحاكم، هكذا ذكر الجواب في الإيضاح، وذكر في المبسوط: من مشايخنا من أجاب بِهذا، ثمَّ قال: والأصحُّ ما قاله محمد رحمه الله تعالى، وهو أن تكون الدابة بينهما في الفصلين، يعني فيما إذا كانت سنُّ الدابة مشكلةً وفيما إذا كانت علىٰ غير الوقتين في دعوى الخارجين، أمَّا إذا كانت مشكلةً لا شكَّ فيه، وكذلك إن كانت علىٰ غير الوقتين لأنَّ اعتبار

وَالْآخَرُ بِوَدِيعَةٍ فَهُوَ بَيْنَهُمَا) لِاسْتِوَائِهِمَا فِي الِاسْتِحْقَاقِ.

فَصْلٌ فِي التَّنَازُعِ بِالْأَيْدِي

قَالَ: (وَإِذَا تَنَازَعَا فِي دَابَّةٍ أَحَدُهُمَا رَاكِبُهَا وَالْآخَرُ مُتَعَلِّقٌ بِلِجَامِهَا فَالرَّاكِبُ أَوْلَىٰ) لِأَنَّ تَصَرُّفَهُ أَظْهَرُ فَإِنَّهُ يَخْتَصُّ بِالْمِلْكِ (وَكَذٰلِكَ إِذَا كَانَ أَحَدُهُمَا رَاكِبًا فِي السَّرْجِ وَالْآخَرُ رَدِيفُهُ فَالرَّاكِبُ أَوْلَىٰ) بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَا رَاكِبَيْنِ حَيْثُ تَكُونُ بَيْنَهُمَا لِاسْتِوَائِهِمَا فِي التَّصَرُّفِ (وَكَذَا إِذَا تَنَازَعَا فِي بَعِيرٍ وَعَلَيْهِ حِمْلٌ لِأَحَدِهِمَا فَصَاحِبُ الْحِمْلِ أَوْلَىٰ) لِأَنَّهُ هُوَ

ذكر الوقت لحقهما، وفي هذا الموضع في اعتباره إبطال حقِّهما فيسقط اعتبار ذكر الوقت أصلاً وينظر إلىٰ مقصودهما وهو إثبات الملك في الدابة وقد استويا في ذلك فوجبَ القضاء به بينهما نصفين.

قوله: فَهُوَ بَيْنَهُمَا، لِاسْتِوَائِهِمَا، لأنَّ المودع لمَّا جَحَد الوديعة صار كالغاصب، والله تعالىٰ أعلم.

فصل في التنازع بالأيدي

قوله: فَالرَّاكِبُ أَوْلَىٰ، أي في كونه ذا اليد، لأنَّ الراكب يصير ذا اليد بِهذا التصرف، حتَّىٰ لو أقام الآخر البيِّنة تُقبل.

قوله: بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَا رَاكِبَيْنِ، أي كلاهما راكبين في السُّرج حيث يكون بينهما

الْمُتَصَرِّفُ (وَكَذَا إِذَا تَنَازَعَا فِي قَمِيصٍ أَحَدُهُمَا لَابِسُهُ وَالْآخَرُ مُتَعَلِّقٌ بِكُمِّهِ فَاللَّابِسُ أَوْلَىٰ) لِأَنَّهُ أَظْهَرُهُمَا تَصَرُّفًا (وَلَوْ تَنَازَعَا فِي بِسَاطٍ أَحَدُهُمَا جَالِسٌ عَلَيْهِ وَالْآخَرُ مُتَعَلِّقٌ بِهِ فَهُوَ بَيْنَهُمَا) مَعْنَاهُ لَا عَلَىٰ طَرِيقِ الْقَضَاءِ لِأَنَّ الْقُعُودَ لَيْسَ بِيَدٍ عَلَيْهِ فَاسْتَوَيَا.

قَالَ: (وَإِذَا كَانَ ثَوْبٌ فِي يَدِ رَجُلٍ وَطَرَفٌ مِنْهُ فِي يَدِ آخَرَ فَهُوَ بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ) لِأَنَّ الزِّيَادَةَ مِنْ جِنْسِ الْحُجَّةِ فَلَا تُوجِبُ زِيَادَةً فِي الِاسْتِحْقَاقِ.

قَالَ: (وَإِذَا كَانَ صَبِيٌّ فِي يَدِ رَجُلٍ وَهُوَ يُعَبِّرُ عَنْ نَفْسِهِ فَقَالَ: أَنَا حُرٌّ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ) لِأَنَّهُ فِي يَدِ نَفْسِهِ (وَلَوْ قَالَ أَنَا عَبْدٌ لِفُلَانٍ فَهُوَ عَبْدٌ لِلَّذِي

لاستوائهما.

قوله: لِأَنَّ الْقُعُودَ لَيْسَ بِيَدٍ عَلَيْهِ، إذ المراد باليد المتصرفة الناقلة المحوَّلة التي لا ينفكُّ الركوب والحمل عنها عادةً، فكان بينهما لا على وجه القضاء لاستوائهما في عدم الحجة.

قوله: وَهُوَ يُعَبِّرُ عَنْ نَفْسِهِ، وفي الذخيرة: يعني يتكلَّم ويعقل ما يقول، فإذا كان بهذه المثابة كان في يد نفسه لأنَّ الأصل أن يكون لكلِّ إنسان يد على نفسه إبانةً لمعنى الكرامة، إلا أنَّا تركناه إذا لم يكن له اهتداء إلى المصالح والمقاصد، فهذا الصبيُّ لو أقرَّ بالرقِّ لغيره سقطت عبرة يده علىٰ نفسه فيظهر عليه يد ذي اليد فيكون له، فإن قيل: كيف يصحُّ إقرار الصغير بالرقِّ لغيره وهو من المضارِّ والأقوال الموجبة للضرَّر غير معتبرة في حقِّه، ولهذا لم يصح طلاقه وإعتاقه وهبته وإن كان عاقلاً، قلنا: ثبوته بدعوى ذي اليد لا بإقراره فاندفع المعارض، وهذا بخلاف ما إذا ادَّعىٰ أنَّ اللقيط عبده لم يصدق، والفرق هو أنَّ

هُوَ فِي يَدِهِ) لِأَنَّهُ أَقَرَّ بِأَنَّهُ لَا يَدَ لَهُ حَيْثُ أَقَرَّ بِالرِّقِّ (وَإِنْ كَانَ لَا يُعَبِّرُ عَنْ نَفْسِهِ فَهُوَ عَبْدٌ لِلَّذِي هُوَ فِي يَدِهِ) لِأَنَّهُ لَا يَدَ لَهُ عَلَىٰ نَفْسِهِ لَمَّا كَانَ لَا يُعَبِّرُ عَنْهَا وَهُوَ بِمَنْزِلَةِ المَتَاعِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ يُعَبِّرُ، فَلَوْ كَبِرَ وَادَّعَى الحُرِّيَّةَ لَا يَكُونُ القَوْلُ قَوْلَهُ لِأَنَّهُ ظَهَرَ الرِّقُّ عَلَيْهِ فِي حَالِ صِغَرِهِ.

قَالَ: (وَإِذَا كَانَ الحَائِطُ لِرَجُلٍ عَلَيْهِ جُذُوعٌ أَوْ مُتَّصِلٌ بِبِنَائِهِ وَلِآخَرَ عَلَيْهِ هَرَادِيٌّ فَهُوَ لِصَاحِبِ الجُذُوعِ وَالِاتِّصَالِ، وَالْهَرَادِيُّ لَيْسَتْ بِشَيْءٍ) لِأَنَّ صَاحِبَ الجُذُوعِ صَاحِبُ اسْتِعْمَالٍ وَالْآخَرُ صَاحِبُ تَعَلُّقٍ فَصَارَ كَدَابَّةٍ تَنَازَعَا فِيهَا وَلِأَحَدِهِمَا حِمْلٌ عَلَيْهَا وَلِلْآخَرِ كُوزٌ مُعَلَّقٌ بِهَا، وَالْمُرَادُ

صاحب اليد إنَّما يصدق في دعوى الرقِّ باعتبار يده ويد الملتقط على اللقيط ثابتةٌ من وجهٍ دون وجهٍ لأنَّها ثابتةٌ حقيقةً وليست بثابتةٍ حكمًا لأنَّ الملتقطَ أمينٌ في اللقيط ويدُ الأمين في الحكم يدُ غيره، فإذا كانت ثابتةً من وجهٍ دون وجهٍ لم تصح الدعوى مع الشكِّ، ومتىٰ لم يعرف أنه لقيطٌ فيد ذي اليد عليه ثابتةٌ من كل وجهٍ لأنَّها ثابتة حقيقةً وحكمًا لأنَّ يده عليه ليست يد غيره، فإن قيل: وجب أن لا يصدق في دعوى الرقِّ لأنَّ الحرية ثابتة بالأصل لأنَّ الناس بأسْرهم أحرارٌ في الأصل لأنَّهم أولاد آدم وحواء وكانا حرَّين فكان ما يدَّعيه من الرقِّ أمرًا عارضًا فلا يقبل قوله إلَّا بحجةٍ، قلنا: ما هو الأصل إذا اعترض عليه ما يدلُّ علىٰ خلافه يبطل ذلك الأصل واليد علىٰ من هذا شأنه دليلٌ علىٰ خلاف الأصل لأنَّها دليل الملك فيبطل به الأصل، كذا في الفوائد الظهيرية.

قوله: وَالْهَرَادِيُّ لَيْسَتْ بِشَيْءٍ، في المغرب: الهُرديَّة بضم الهاء وتشديد الياء عن الليث قصباتٌ تضمُّ ملوية بطاقات من الكرم يُرسل عليها قضبان الكرم، وقال ابن السكيت: هو الحرديُّ ولا تقل هرديٌّ.

بِالِاتِّصَالِ مُدَاخَلَةُ لَبِنِ جِدَارِهِ فِيهِ وَلَبِنِ هٰذَا فِي جِدَارِهِ وَقَدْ يُسَمَّى اتِّصَالُ تَرْبِيعٍ، وَهٰذَا شَاهِدٌ ظَاهِرٌ لِصَاحِبِهِ لِأَنَّ بَعْضَ بِنَائِهِ عَلَىٰ بَعْضِ بِنَاءِ هٰذَا الحَائِطِ. وَقَوْلُهُ الهَرَادِيُّ لَيْسَتْ بِشَيْءٍ يَدُلُّ عَلَىٰ أَنَّهُ لَا اعْتِبَارَ لِلْهَرَادِيِّ أَصْلًا، وَكَذَا البَوَارِي لِأَنَّ الحَائِطَ لَا تُبْنَىٰ لَهَا أَصْلًا حَتَّىٰ لَوْ تَنَازَعَا فِي حَائِطٍ وَلِأَحَدِهِمَا عَلَيْهِ هَرَادِيٌّ وَلَيْسَ لِلْآخَرِ عَلَيْهِ شَيْءٌ فَهُوَ بَيْنَهُمَا (وَلَوْ كَانَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَيْهِ جُذُوعٌ ثَلَاثَةٌ فَهُوَ بَيْنَهُمَا) لِاسْتِوَائِهِمَا وَلَا مُعْتَبَرَ بِالْأَكْثَرِ مِنْهَا بَعْدَ الثَّلَاثَةِ وَإِنْ كَانَ جُذُوعُ أَحَدِهِمَا أَقَلَّ مِنْ ثَلَاثَةٍ

قوله: وَقَدْ يُسَمَّى اتِّصَالُ تَرْبِيعٍ، وذكر في حيطان الذخيرة: وتفسير التَّربيع إذا كان الحائط من مدرٍ أو آجرٍّ أن يكون أنصاف لبن الحائط المتنازع فيه داخلةً في أنصاف لبن غير المتنازع فيه، وأنصاف لبن غير المتنازع فيه داخلةً في المتنازع فيه، وإن كان الجدار من خشبٍ فالتَّربيع أن يكون ساجة أحدهما مركبَّة في الأخرىٰ، وأمَّا إذا نقب فأدخل لا يكون تربيعًا ويكون اتصال مجاورةٍ وملازمةٍ.

قوله: وَقَوْلُهُ الهَرَادِيُّ لَيْسَتْ بِشَيْءٍ يَدُلُّ عَلَىٰ أَنَّهُ لَا اعْتِبَارَ لِلْهَرَادِيِّ أَصْلًا، وَكَذَا البَوَارِي، لأنه لمَّا لم يكن استعمالاً له وضعًا إذ الحائط لا يبنىٰ لهما وإنَّما يبنىٰ للتسقيف والتسقيف لا يمكن على الهرادي والبواري صار معدومًا حكمًا، حتَّىٰ لو تنازعا في حائطٍ ولأحدهما عليه هراديٌّ ولا شيءَ للآخر فهو بينهما، ولا يختصُّ به صاحب الهرادي.

قوله: وَلَا مُعْتَبَرَ بِالْأَكْثَرِ مِنْهَا بَعْدَ الثَّلَاثَةِ، حتَّىٰ لو كان لأحدهما عليه عشر خشبات وللآخر ثلاث خشبات فهو بينهما نصفان، لأنَّ لكلٍّ واحد منهما حملاً مقصودًا يبنى الحائط لأجله، فلا يعتبر التفاوت بعد ذلك في القلَّة والكثرة بعد تمام النصاب، إذ الثلاث أقلُّ الجمع، كما لو تنازعا في دابةٍ ولأحدهما عليها خمسون منًّا وللآخر مائة منٍّ

فَهُوَ لِصَاحِبِ الثَّلَاثَةِ وَلِلْآخَرِ مَوْضِعُ جِذْعِهِ) فِي رِوَايَةٍ، وَفِي رِوَايَةٍ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَا تَحْتَ خَشَبَتِهِ، ثُمَّ قِيلَ مَا بَيْنَ الخَشَبِ بَيْنَهُمَا، وَقِيلَ عَلَىٰ قَدْرِ خَشَبِهِمَا، وَالْقِيَاسُ أَنْ يَكُونَ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ لِأَنَّهُ لَا مُعْتَبَرَ بِالْكَثْرَةِ فِي نَفْسِ الحُجَّةِ. وَجْهُ الثَّانِي أَنَّ الِاسْتِعْمَالَ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ بِقَدْرِ خَشَبَتِهِ. وَوَجْهُ الأَوَّلِ أَنَّ الحَائِطَ يُبْنَىٰ لِوَضْعِ كَثِيرِ الجُذُوعِ دُونَ الوَاحِدِ وَالْمُثَنَّىٰ فَكَانَ الظَّاهِرُ شَاهِدًا لِصَاحِبِ الكَثِيرِ، إِلَّا أَنَّهُ يَبْقَىٰ لَهُ حَقُّ الوَضْعِ لِأَنَّ الظَّاهِرَ لَيْسَ بِحُجَّةٍ فِي اسْتِحْقَاقِ يَدِهِ (وَلَوْ كَانَ لِأَحَدِهِمَا جُذُوعٌ وَلِلْآخَرِ اتِّصَالٌ فَالْأَوَّلُ أَوْلَىٰ) وَيُرْوَى الثَّانِي أَوْلَىٰ. وَجْهُ الأَوَّلِ أَنَّ

كانت بينهما نصفين.

قوله: وَلِلْآخَرِ مَوْضِعُ جِذْعِهِ، وفي الإيضاح: يريدُ به حقَّ الوضع لأنَّ استحقاق صاحب الخشبات باعتبار الظاهر، وهو ليسَ بحجةٍ لاستحقاق يده، أمَّا إذا ثبتَ ملكه بالبينة كان لصاحب الملك أن يمنع صاحب الجذع من وضع جذعه علىٰ جداره.

قوله: وَفِي رِوَايَةٍ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَا تَحْتَ خَشَبَتِهِ، ذكر في كتاب الدعوى: والصلح من الأصل أنَّ لكل واحد منهما ما تحت خشبه إلىٰ أسفل الأرض لأنَّ يدَ كل واحد منهما علىٰ موضع خشبةٍ ثابتةٍ وسبب الاستحقاق إنَّما هو اليد علىٰ ذلك الموضع، ثمَّ قيل ما بين الخشب بينهما نصفين لأنَّ كلَّ واحد منهما مستعملٌ للحائط، إلا أنَّ أحدهما أكثر استعمالاً فصار كما إذا تنازعا في ثوبٍ وعامته في يد أحدهما وطرف منه في يد الآخر يقضىٰ بينهما نصفين لأنه لا معتبَر بالكثرة في نفس الحجَّة.

قوله: وَلَوْ كَانَ لِأَحَدِهِمَا جُذُوعٌ وَلِلْآخَرِ اتِّصَالٌ، يريدُ به اتصال تربيع، فَالْأَوَّلُ، أي

لِصَاحِبِ الجُذُوعِ التَّصَرُّفَ وَلِصَاحِبِ الإِتِّصَالِ اليَدُ وَالتَّصَرُّفُ أَقْوَىٰ. وَوَجْهُ الثَّانِي أَنَّ الحَائِطَيْنِ بِالإِتِّصَالِ يَصِيرَانِ كَبِنَاءٍ وَاحِدٍ مِنْ ضَرُورَةِ القَضَاءِ لَهُ بِبَعْضِهِ القَضَاءُ بِكُلِّهِ ثُمَّ يَبْقَىٰ لِلْآخَرِ حَقُّ وَضْعِ جُذُوعِهِ لِمَا قُلْنَا، وَهٰذِهِ رِوَايَةُ الطَّحَاوِيِّ وَصَحَّحَهَا الجُرْجَانِيُّ.

صاحب الجذوع، أَوْلَىٰ، وَيُرْوَى الثَّانِي أَوْلَىٰ، أي صاحب الاتصال أوْلىٰ.

قوله: ثُمَّ يَبْقَىٰ لِلْآخَرِ حَقُّ وَضْعِ جُذُوعِهِ لِمَا قُلْنَا، إشارة إلىٰ ما قال: لأنَّ الظاهر ليس بحجة في استحقاق يده، فإن قيل: لمَّا قُضي بالحائط لصاحب الاتصال يبقىٰ أن يُؤمر برفع الجذوع لأنه حمل له موضوع علىٰ ملك الغير بغير سببٍ ظاهرٍ لاستحقاقه، كما لو تنازعا في دابةٍ لأحدهما عليها حمل وللآخر مخلاةٌ يقضىٰ لصاحب الحمل ويؤمر للآخر برفع المخلاة، قلنا: لأنَّ وضع المخلاة علىٰ دابة الغير لا يكون مستحقًا في الأصل بسبب، فكان من ضرورة القضاء لصاحب الحمل أمر الآخر برفع المخلاة، فأمَّا ههنا فقد ثبتَ له حقُّ وضع الجذوع علىٰ حائطٍ لغيره بأن كان ذلك مشروطًا في أصل القسمة فليسَ من ضرورة الحكم لصاحب الاتصال استحقاق رفع الجذوع على الآخر، وهذا بخلاف ما لو أقام أحدهما البينةَ وقضي به له يؤمر الآخر برفع جذوعه لأنَّ البينة حجةٌ للاستحقاق يستحق بِها صاحبها على الآخر برفع جذوعه عن ملكه، ثمَّ الصحيح من النسخ: ولو كان لأحدهما اتصال وللآخر جذوعٌ فالأوَّل أوْلىٰ، ليكون الدليل موافقًا للمدَّعىٰ، وفي بعض النسخ: ولو كان لأحدهما جذوع وللآخر اتصال، وذلك ليس بصحيحٍ لأنَّ الدليل لا يوافق ذلك التَّرتيب، وفي الذخيرة: وإن كان الاتصال في طرفٍ واحدٍ ذكر شيخ الإسلام رحمه الله تعالىٰ أنَّ صاحب الاتصال أوْلىٰ، وبه أخذ الطحاويُّ والشيخ الفقيه أبو عبد الله المرشد، وذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالىٰ أنَّ صاحب الجذوع أوْلىٰ، وذكر فيها قبل هذا: فإنَّ الاتصال في طرفي الحائط المتنازع فيه فصاحب الاتصال أوْلىٰ، وعليه

قَالَ: (وَإِذَا كَانَتْ دَارٌ مِنْهَا فِي يَدِ رَجُلٍ عَشَرَةُ أَبْيَاتٍ وَفِي يَدِ آخَرَ بَيْتٌ فَالسَّاحَةُ بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ) لِاسْتِوَائِهِمَا فِي اسْتِعْمَالِهَا وَهُوَ الْمُرُورُ فِيهَا.

قَالَ: (وَإِذَا ادَّعَىٰ رَجُلَانِ أَرْضًا) يَعْنِي يَدَّعِي كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا (أَنَّهَا فِي يَدِهِ لَمْ يَقْضِ أَنَّهَا فِي يَدِ وَاحِدٍ مِنْهُمَا حَتَّىٰ يُقِيمَا الْبَيِّنَةَ أَنَّهَا فِي أَيْدِيهِمَا) لِأَنَّ الْيَدَ فِيهَا غَيْرُ مُشَاهَدَةٍ لِتَعَذُّرِ إِحْضَارِهَا وَمَا غَابَ عَنْ عِلْمِ الْقَاضِي فَالْبَيِّنَةُ تُثْبِتُهُ، (وَإِنْ أَقَامَ أَحَدُهُمَا الْبَيِّنَةَ جُعِلَتْ فِي يَدِهِ) لِقِيَامِ الْحُجَّةِ لِأَنَّ الْيَدَ حَقٌّ مَقْصُودٌ (وَإِنْ أَقَامَا الْبَيِّنَةَ جُعِلَتْ فِي أَيْدِيهِمَا) لِمَا

عامة المشايخ، وهكذا رُوِيَ عن أبي يوسف في الأمالي فقد رجَّح صاحب الاتصال على صاحب الجذوع.

قوله: وَإِنْ أَقَامَ أَحَدُهُمَا الْبَيِّنَةَ جُعِلَتْ فِي يَدِهِ، لِقِيَامِ الْحُجَّةِ، فإن قيل: البينة حجةٌ على الخصم، وإذا لم يثبت كونُها في يد الآخر لا يكون خصمًا فكيف يقضىٰ باليد فيها للَّذي أقام البينة؟ قلنا: هو خصم باعتبار منازعته في اليد، ألا ترىٰ أنه يتمكَّن من إثبات اليد بدعواه لو لم ينازعه الآخر، ومن كان خصمًا لغيره باعتبار منازعته في شيءٍ شرعًا كانت بينته مقبولةً، وذكر الإمام التمرتاشي رحمه الله تعالىٰ: فإن طلبَ كلُّ واحد يمين صاحبه ما هيَ في يده حلف كل واحد منهما ما هيَ في يد صاحبه على البتَات، فإن حلفا لم يقض باليد لهما وبرئ كل واحد منهما عن دعوىٰ صاحبه وتوقَّف الدار إلىٰ أن يظهر حقيقة الحال، وإن نكلا قضيَ لكلٍّ واحد منهما بالنصف الذي في يد صاحبه، وإن نكل أحدهما قضي عليه بكلها للحالف نصفها الذي كان في يده ونصفها الذي كان في يد صاحبه بنكوله، وإن كانت الدار في يد ثالثٍ لم تنزع من يده لأنَّ نكوله ليسَ بحجة في حق الثالث.

قوله: جُعِلَتْ فِي أَيْدِيهِمَا، لِمَا بَيَّنَّا، وهو قوله: لقيام الحجة.

بَيِّنًا فَلَا يَسْتَحِقُّ لِأَحَدِهِمَا مِنْ غَيْرِ حُجَّةٍ (وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا قَدْ لَبَّنَ فِي الأَرْضِ أَوْ بَنَىٰ أَوْ حَفَرَ فَهِيَ فِي يَدِهِ) لِوُجُودِ التَّصَرُّفِ وَالِاسْتِعْمَالِ فِيهَا.

قوله: لِوُجُودِ التَّصَرُّفِ وَالِاسْتِعْمَالِ فِيهَا، ومن ضرورته إثبات اليد كالرُّكوب في الدواب واللبس في الثياب، والله تعالىٰ أعلم.

* * *

بَابُ دَعْوَى النَّسَبِ

قَالَ: (وَإِذَا بَاعَ جَارِيَةً فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ فَادَّعَاهُ البَائِعُ، فَإِنْ جَاءَتْ بِهِ لِأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ يَوْمِ بَاعَ فَهُوَ ابْنُ البَائِعِ وَأُمُّهُ أُمُّ وَلَدٍ لَهُ) وَفِي القِيَاسِ وَهُوَ قَوْلُ زُفَرٍ وَالشَّافِعِيِّ رَحِمَهُمَا اللهُ دَعْوَتُهُ بَاطِلَةٌ، لِأَنَّ البَيْعَ اعْتِرَافٌ مِنْهُ بِأَنَّهُ عَبْدٌ فَكَانَ فِي دَعْوَاهُ مُنَاقِضًا وَلَا نَسَبَ بِدُونِ الدَّعْوَىٰ، وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ اتِّصَالَ العُلُوقِ بِمِلْكِهِ شَهَادَةٌ ظَاهِرَةٌ عَلَىٰ كَوْنِهِ مِنْهُ لِأَنَّ الظَّاهِرَ عَدَمُ الزِّنَا. وَمَبْنَى النَّسَبِ عَلَى الخَفَاءِ فَيُعْفَىٰ فِيهِ التَّنَاقُضُ، وَإِذَا صَحَّتِ الدَّعْوَى اسْتَنَدَتْ إِلَىٰ وَقْتِ العُلُوقِ فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ بَاعَ أُمَّ وَلَدِهِ فَيُفْسَخُ البَيْعُ لِأَنَّ بَيْعَ أُمِّ الوَلَدِ لَا يَجُوزُ (وَيُرَدُّ الثَّمَنُ) لِأَنَّهُ قَبَضَهُ بِغَيْرِ حَقٍّ (وَإِنِ ادَّعَاهُ المُشْتَرِي مَعَ دَعْوَةِ البَائِعِ أَوْ بَعْدَهُ فَدَعْوَةُ البَائِعِ أَوْلَىٰ) لِأَنَّهَا أَسْبَقُ

باب دعوى النسب

قوله: وَمَبْنَى النَّسَبِ عَلَى الخَفَاءِ، لأنَّ العلوق أمر خفيٌّ فيعفىٰ فيه التناقض كالمرأة تقيم البينة على الطلقات الثلاث قبل الخلع والمكاتب يقيمها على الإعتاق قبل الكتابة.

قوله: وَإِنِ ادَّعَاهُ المُشْتَرِي مَعَ دَعْوَةِ البَائِعِ، يعني ادَّعياه معًا فدعوة البائع أَوْلىٰ، وعند ابراهيم النخعي رحمه الله تعالىٰ: دعوة المشتري أَوْلىٰ لأنَّ له حقيقة الملك فيها وفي ولدها، وللبائع حق استحقاق النسب ولا يعارض الحقُّ الحقيقة، كما لو ادَّعى المولى

لِاسْتِنَادِهَا إِلَىٰ وَقْتِ العُلُوقِ وَهٰذِهِ دَعْوَةُ اسْتِيلَادٍ (وَإِنْ جَاءَتْ بِهِ لِأَكْثَرَ مِنْ سَنَتَيْنِ مِنْ وَقْتِ البَيْعِ لَمْ تَصِحَّ دَعْوَةُ البَائِعِ) لِأَنَّهُ لَمْ يُوجَدِ اتِّصَالُ العُلُوقِ بِمِلْكِهِ تَيَقُّنًا وَهُوَ الشَّاهِدُ وَالْحُجَّةُ (إِلَّا إِذَا صَدَّقَهُ المُشْتَرِي) فَيَثْبُتُ النَّسَبُ وَيُحْمَلُ عَلَى الِاسْتِيلَادِ بِالنِّكَاحِ، وَلَا يَبْطُلُ البَيْعُ لِأَنَّا تَيَقَّنَّا أَنَّ العُلُوقَ لَمْ يَكُنْ فِي مِلْكِهِ فَلَا يُثْبِتُ حَقِيقَةَ العِتْقِ وَلَا حَقَّهُ، وَهٰذِهِ دَعْوَةُ تَحْرِيرٍ وَغَيْرُ المَالِكِ لَيْسَ مِنْ أَهْلِهِ. (وَإِنْ جَاءَتْ بِهِ لِأَكْثَرَ مِنْ سِتَّةِ

وأبوه ولد الجارية يثبتُ النسب من المولىٰ لِمَا ذكرنا.

قوله: وَهٰذِهِ دَعْوَةُ اسْتِيلَادٍ، يعني دعوة البائع لأنَّ أصل العلوق في ملكه ودعوة المشتري دعوة تحرير، وإنَّها لا تعارض دعوة الاستيلاد لأنَّ دعوة التحرير تقتصر على الحال، ودعوة الاستيلاد تستند إلىٰ وقت العلوق فكانت سابقةً معنًى فكأنَّها سبقت صورةً، وفي المبسوط: لو ادَّعاه المشتري أوَّلاً يثبت النسب منه لأنَّها مملوكةٌ في الحال يملك إعتاقها وإعتاق ولدها، فصحَّ دعوته أيضًا لحاجة الولد إلى النسب والحرية، وتثبت لها أموميَّة الولد بإقراره، ولا تصحُّ دعوة البائع بعد ذلك لأنَّ الولد قد استغنى عن النسب حتَّىٰ يثبت نسبه من المشتري، ولأنَّه ثبتَ فيه ما لا يحتمل الإبطال وهو حقيقة النسب فيبطل به حق استحقاق النسب الذي كان للبائع ضرورةً، وفي النهاية: قوله: هٰذِهِ دَعْوَةُ اسْتِيلَادٍ، احتراز عن التحرير، يعني لمَّا كانت هذه الدعوة دعوة استيلاد لم تفتقر إلىٰ حقيقة الملك لصحة الدعوة في الحال، بخلاف دعوى التحرير علىٰ ما يجيء بعد، ويحمل على الاستيلاد بالنكاح حملاً لأمره على الصحة ولا يعتق الولد.

قوله: فَلَا يُثْبِتُ حَقِيقَةَ العِتْقِ، أي في الولد، وَلَا حَقَّهُ، أي في الأمِّ.

قوله: وَهٰذِهِ دَعْوَةُ تَحْرِيرٍ، أي دعوة البائع.

أَشْهُرٍ مِنْ وَقْتِ البَيْعِ وَلِأَقَلَّ مِنْ سَنَتَيْنِ لَمْ تُقْبَلْ دَعْوَةُ البَائِعِ فِيهِ إِلَّا أَنْ يُصَدِّقَهُ المُشْتَرِي) لِأَنَّهُ احْتَمَلَ أَنْ لَا يَكُونَ العُلُوقُ فِي مِلْكِهِ فَلَمْ تُوجَدِ الحُجَّةُ فَلَا بُدَّ مِنْ تَصْدِيقِهِ، وَإِذَا صَدَّقَهُ يَثْبُتُ النَّسَبُ وَيَبْطُلُ البَيْعُ وَالْوَلَدُ حُرٌّ وَالْأُمُّ أُمُّ وَلَدٍ لَهُ كَمَا فِي المَسْأَلَةِ الأُولَىٰ لِتَصَادُقِهِمَا وَاحْتِمَالِ العُلُوقِ فِي المِلْكِ (فَإِنْ مَاتَ الوَلَدُ فَادَّعَاهُ البَائِعُ وَقَدْ جَاءَتْ بِهِ لِأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ لَمْ يَثْبُتِ الِاسْتِيلَادُ فِي الأُمِّ) لِأَنَّهَا تَابِعَةٌ لِلْوَلَدِ وَلَمْ يَثْبُتْ نَسَبُهُ بَعْدَ المَوْتِ لِعَدَمِ حَاجَتِهِ إِلَىٰ ذٰلِكَ فَلَا يَتْبَعُهُ اسْتِيلَادُ الأُمِّ (وَإِنْ مَاتَتِ الأُمُّ فَادَّعَاهُ البَائِعُ وَقَدْ جَاءَتْ بِهِ لِأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ يَثْبُتُ النَّسَبُ فِي الوَلَدِ وَأَخَذَهُ البَائِعُ) ؛ لِأَنَّ الوَلَدَ هُوَ الأَصْلُ فِي النَّسَبِ فَلَا يَضُرُّهُ فَوَاتُ التَّبَعِ، وَإِنَّمَا كَانَ الوَلَدُ أَصْلًا لِأَنَّهَا تُضَافُ إِلَيْهِ يُقَالُ أُمُّ الوَلَدِ، وَتَسْتَفِيدُ الحُرِّيَّةَ مِنْ جِهَتِهِ لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «أَعْتَقَهَا وَلَدُهَا» وَالثَّابِتُ لَهَا حَقُّ الحُرِّيَّةِ وَلَهُ حَقِيقَتُهَا، وَالْأَدْنَىٰ يَتْبَعُ الأَعْلَىٰ (وَيَرُدُّ الثَّمَنَ كُلَّهُ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -. وَقَالَا: يَرُدُّ حِصَّةَ الوَلَدِ وَلَا يَرُدُّ حِصَّةَ الأُمِّ) لِأَنَّهُ تَبَيَّنَ أَنَّهُ بَاعَ أُمَّ وَلَدِهِ، وَمَالِيَّتُهَا غَيْرُ مُتَقَوِّمَةٍ عِنْدَهُ فِي العَقْدِ وَالْغَصْبِ فَلَا يَضْمَنُهَا المُشْتَرِي، وَعِنْدَهُمَا مُتَقَوِّمَةٌ فَيَضْمَنُهَا. وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: وَإِذَا حَمَلَتِ الجَارِيَةُ فِي مِلْكِ رَجُلٍ فَبَاعَهَا فَوَلَدَتْ فِي يَدِ المُشْتَرِي

قوله: فِي العَقْدِ وَالْغَصْبِ، حتّىٰ إذا اشترىٰ أمَّ ولد الغير وماتت في يده لا يضمن المشتري قيمتها، وكذا لو غصبها فماتت لا يضمن عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ.

فَادَّعَى البَائِعُ الوَلَدَ وَقَدْ أَعْتَقَ المُشْتَرِي الأُمَّ فَهُوَ ابْنُهُ يُرَدُّ عَلَيْهِ بِحِصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ. وَلَوْ كَانَ المُشْتَرِي إِنَّمَا أَعْتَقَ الوَلَدَ فَدَعْوَاهُ بَاطِلَةٌ. وَوَجْهُ الفَرْقِ أَنَّ الأَصْلَ فِي هٰذَا البَابِ الوَلَدُ، وَالْأُمُّ تَابِعَةٌ لَهُ عَلَىٰ مَا مَرَّ. وَفِي الفَصْلِ الأَوَّلِ قَامَ المَانِعُ مِنَ الدَّعْوَةِ وَالِاسْتِيلَادِ وَهُوَ العِتْقُ فِي التَّبَعِ وَهُوَ الأُمُّ فَلَا يَمْتَنِعُ ثُبُوتُهُ فِي الأَصْلِ وَهُوَ الوَلَدُ، وَلَيْسَ مِنْ ضَرُورَاتِهِ، كَمَا فِي وَلَدِ المَغْرُورِ فَإِنَّهُ حُرٌّ وَأُمُّهُ أَمَةٌ لِمَوْلَاهَا، وَكَمَا فِي المُسْتَوْلَدَةِ بِالنِّكَاحِ. وَفِي الفَصْلِ الثَّانِي قَامَ المَانِعُ بِالْأَصْلِ وَهُوَ الوَلَدُ فَيَمْتَنِعُ ثُبُوتُهُ فِيهِ وَفِي التَّبَعِ، وَإِنَّمَا كَانَ الإِعْتَاقُ مَانِعًا ....

قوله: فَهُوَ ابْنُهُ يُرَدُّ عَلَيْهِ بِحِصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ، والفرقُ بين هذا وبين ما إذا ماتت الأمُّ فإنَّ ثمَّة يردُّ بجميع الثمن عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، هو أنَّ في الموت لو ثبتت أموميَّة الولد لا يبطل حكم من الأحكام، ولا كذلك في إعتاقها لأنه يبطل العتق الثابت من المالك، ولأنه لو قلنا ببطلان العتق يلزم إبطال الحقيقة بالحقِّ، ولا يلزم علىٰ هذا ما إذا باع أحد التوأمين فأعتقه المشتري ثمَّ ادَّعى البائع نسبَ الذي عنده ثبت نسبه وبطل عتق المشتري، لأنه ضروريٌّ وكم من شيءٍ يثبت ضمنًا ولا يثبت قصدًا.

قوله: وَلَيْسَ مِنْ ضَرُورَاتِهِ، أي وليسَ من ضرورات ثبوت العتق في الولد بالنسب ثبوت الاستيلاد في الأمِّ، كما في ولد المغرور فإنَّه حُرُّ الأصل ثابت النسب من المستولد، وأمه ليست بأمِّ ولده بل هي أمةٌ لمولاه، وكما في المستولدة بالنكاح فإنه إذا استولدَ أمة الغير بنكاحٍ ثبتَ نسبه ولا تصير الأمة أمَّ ولده.

قوله: وَلَيْسَ مِنْ ضَرُورَاتِهِ، أي ثبوت أموميَّة الولد ليس من ضروراته ثبوت النسب

لِأَنَّهُ لَا يَحْتَمِلُ النَّقْضَ كَحَقِّ اسْتِلْحَاقِ النَّسَبِ وَحَقِّ الِاسْتِيلَادِ فَاسْتَوَيَا مِنْ هٰذَا الوَجْهِ، ثُمَّ الثَّابِتُ مِنَ الْمُشْتَرِي حَقِيقَةُ الإِعْتَاقِ وَالثَّابِتُ فِي الأُمِّ حَقُّ الحُرِّيَّةِ، وَفِي الوَلَدِ لِلْبَائِعِ حَقُّ الدَّعْوَةِ وَالْحَقُّ لَا يُعَارِضُ الحَقِيقَةَ، وَالتَّدْبِيرُ بِمَنْزِلَةِ الإِعْتَاقِ لِأَنَّهُ لَا يَحْتَمِلُ النَّقْضَ وَقَدْ ثَبَتَ بِهِ بَعْضُ آثَارِ الحُرِّيَّةِ. وَقَوْلُهُ فِي الفَصْلِ الأَوَّلِ يُرَدُّ عَلَيْهِ بِحِصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ قَوْلُهُمَا

كما في ولد المغرور.

قوله: لِأَنَّهُ لَا يَحْتَمِلُ النَّقْضَ، أي الإعتاق لا يحتمل النقض، كَحَقِّ اسْتِلْحَاقِ النَّسَبِ، أي في الولد، وَحَقِّ الِاسْتِيلَادِ، أي في الأم، فَاسْتَوَيَا مِنْ هٰذَا الوَجْهِ، ثُمَّ الثَّابِتُ مِنَ الْمُشْتَرِي حَقِيقَةُ الإِعْتَاقِ وَالثَّابِتُ فِي الأُمِّ حَقُّ الحُرِّيَّةِ، وَفِي الوَلَدِ لِلْبَائِعِ حَقُّ الدَّعْوَةِ وَالْحَقُّ لَا يُعَارِضُ الحَقِيقَةَ.

قوله: وَالتَّدْبِيرُ بِمَنْزِلَةِ الإِعْتَاقِ لِأَنَّهُ لَا يَحْتَمِلُ النَّقْضَ وَقَدْ ثَبَتَ بِهِ بَعْضُ آثَارِ الحُرِّيَّةِ، كامتناع التمليك من الغير.

قوله: فِي الفَصْلِ الأَوَّلِ، أراد به ما إذا ادَّعى البائعُ الولدَ وقد أعتق المشتري الأمَّ يرد عليه بحصته من الثمن قولهما وعنده بكل الثمن، هو الصحيح، وذكر في المبسوط: يرد حصته من الثمن لا حصتها بالاتفاق، وفرقٌ بين الموت والعتق ووجهه أنَّ القاضي كَذَّبَ البائع فيما زَعَم حيثُ جعلها معتقةً من المشتري فبَطَلَ زعمه ولم يوجد التكذيب في فصل الموت فيُؤاخذ بزعمه فيستَردُّ حصتها أيضًا، فإن قيل: يجب أن لا تكون للولد حصةٌ من الثمن لأنه حادثٌ بعد قبض المشتري ولا حصَّة للولد الحادث بعد القبض، قلنا: الولد إن حَدَثَ صورةً بعد القبض فمن حيث المعنى حادث قبل القبض فإنَّ البائع بسبيلٍ من فسخ هذا البيع بالدعوة وإن قبضه المشتري كما قبل القبض بسبيلٍ من الفسخ بالاستهلاك، وإذا

وَعِنْدَهُ يُرَدُّ بِكُلِّ الثَّمَنِ هُوَ الصَّحِيحُ كَمَا ذَكَرْنَا فِي فَصْلِ المَوْتِ.

قَالَ: (وَمَنْ بَاعَ عَبْدًا وُلِدَ عِنْدَهُ وَبَاعَهُ المُشْتَرِي مِنْ آخَرَ ثُمَّ ادَّعَاهُ البَائِعُ الأَوَّلُ فَهُوَ ابْنُهُ وَيَبْطُلُ البَيْعُ) لِأَنَّ البَيْعَ يَحْتَمِلُ النَّقْضَ، وَمَا لَهُ مِنْ حَقِّ الدَّعْوَةِ لَا يَحْتَمِلُهُ فَيُنْقَضُ البَيْعُ لِأَجْلِهِ، وَكَذَا إِذَا كَاتَبَ الوَلَدَ أَوْ رَهَنَهُ أَوْ أَجَّرَهُ أَوْ كَاتَبَ الأُمَّ أَوْ رَهَنَهَا أَوْ زَوَّجَهَا ثُمَّ كَانَتِ الدَّعْوَةُ لِأَنَّ هٰذِهِ العَوَارِضَ تَحْتَمِلُ النَّقْضَ فَيُنْقَضُ ذٰلِكَ كُلُّهُ وَتَصِحُّ الدَّعْوَةُ، بِخِلَافِ الإِعْتَاقِ وَالتَّدْبِيرِ عَلَىٰ مَا مَرَّ، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا ادَّعَاهُ المُشْتَرِي أَوَّلًا ثُمَّ ادَّعَاهُ البَائِعُ حَيْثُ لَا يَثْبُتُ النَّسَبُ مِنَ البَائِعِ لِأَنَّ النَّسَبَ الثَّابِتَ مِنَ المُشْتَرِي لَا يَحْتَمِلُ النَّقْضَ فَصَارَ كَإِعْتَاقِهِ.

قَالَ: (وَمَنِ ادَّعَىٰ نَسَبَ أَحَدِ التَّوْأَمَيْنِ ثَبَتَ نَسَبُهُمَا مِنْهُ) لِأَنَّهُمَا مِنْ مَاءٍ وَاحِدٍ، فَمِنْ ضَرُورَةِ ثُبُوتِ نَسَبِ أَحَدِهِمَا ثُبُوتُ نَسَبِ الآخَرِ، وَهٰذَا لِأَنَّ التَّوْأَمَيْنِ وَلَدَانِ بَيْنَ وِلَادَتِهِمَا أَقَلُّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ فَلَا يُتَصَوَّرُ عُلُوقُ الثَّانِي حَادِثًا لِأَنَّهُ لَا حَبَلَ لِأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ. وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: إِذَا كَانَ فِي يَدِهِ غُلَامَانِ تَوْأَمَانِ وُلِدَا عِنْدَهُ فَبَاعَ أَحَدَهُمَا وَأَعْتَقَهُ المُشْتَرِي ثُمَّ ادَّعَى البَائِعُ الَّذِي فِي يَدِهِ فَهُمَا ابْنَاهُ وَبَطَلَ عِتْقُ المُشْتَرِي؛ لِأَنَّهُ لَمَّا ثَبَتَ

كان حادثًا قبل القبض معنًى فله حصَّة من الثمن إذا استهلكه البائعُ وقد استهلكه بالدعوة هٰهنا فتصيرُ له حصَّةٌ من الثمن، كما لو قتل الولد الحادث قبل القبض.

قوله: وَمَنْ بَاعَ عَبْدًا وُلِدَ عِنْدَهُ، أي كان أصل العلوق في ملكه.

نَسَبُ الوَلَدِ الَّذِي عِنْدَهُ لِمُصَادَفَةِ العُلُوقِ وَالدَّعْوَةِ مِلْكَهُ إِذِ المَسْأَلَةُ مَفْرُوضَةٌ فِيهِ ثَبَتَ بِهِ حُرِّيَّةُ الأَصْلِ فِيهِ فَيَثْبُتُ نَسَبُ الآخَرِ، وَحُرِّيَّةُ الأَصْلِ فِيهِ ضَرُورَةٌ لِأَنَّهُمَا تَوْأَمَانِ، فَتَبَيَّنَ أَنَّ عِتْقَ المُشْتَرِي وَشِرَاءَهُ لَاقَىٰ حُرِّيَّةَ الأَصْلِ فَبَطَلَ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الوَلَدُ وَاحِدًا لِأَنَّ هُنَاكَ يَبْطُلُ العِتْقُ فِيهِ مَقْصُودًا لِحَقِّ دَعْوَةِ البَائِعِ وَهُنَا ثَبَتَ تَبَعًا لِحُرِّيَّتِهِ فِيهِ حُرِّيَّةُ الأَصْلِ

قوله: بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الوَلَدُ وَاحِدًا لِأَنَّ هُنَاكَ يَبْطُلُ العِتْقُ فِيهِ مَقْصُودًا، يعني لو بطل عتق المشتري في تلك الصورة إنَّما يبطل العتق الثابت مقصودًا بسبب حقِّ دعوة البائع، وإنه لا يجوز لأنَّ عتق المشتري عتقٌ حقيقيٌّ وحقُّ البائع حقُّ الدعوة والحقُّ أدنىٰ من الحقيقة فلا يعارضها فكيف يرفعها، وهنا أي في مسئلة التوأمين ثبت تبعًا لحريته فيه حرية الأصل، أي ثبت بطلان إعتاق المشتري بطريق التبعية لحرية المشتري الذي كانت الحرية فيه حرية الأصل، وهذا لأنَّ الذي عنده ظَهَر أنه حرُّ الأصل فاقتضى أن يكون الآخر حرَّ الأصل، فإنه يستحيل أن يكون أحدهما حرُّ الأصل والآخر رقيقًا وقد خُلِقا من ماءٍ واحدٍ، فكان هذا نقض الإعتاق بما هو فوقه وهو الحرية الثابتة بأصل الخلقة، بخلاف ما لو كان الولد واحدًا لأنَّ العتق يبطل ثمَّة مقصودًا لحقِّ دعوة البائع وإنَّه لا يجوز، وهنا تثبت الحرية في الذي عنده ثمَّ تتعدَّى إلى الآخر ضمنًا وتبعًا فتستغني عن قيام الولاية، هذا إذا كان أصل العلوق في ملكه، فإن لم يكن أصل العلوق في ملك البائع والمسئلة بحالها يثبتُ نسب الولدين من البائع أيضًا، لأنَّ التوأمين لا ينفكان نسبًا وقد ثبت نسب الذي عنده لمصادفة الدعوة ملكه فيثبت نسب الآخر ضرورةً، ويعتق الذي عند البائع على البائع، ولا يبطل عتق المشتري في الذي عنده ولا ينتقض بيعه لأنَّ هذه دعوة تحريرٍ لا دعوة استيلاد لافتقار دعوة الاستيلاد إلى اتصال العلوق بملك من يدعيه، وإذا كانت دعوة تحريرٍ تقتصر علىٰ محلِّ ولايته وصار كأنَّ البائع اعتقهما فيعتق من في ملكه فحسبُ،

فَافْتَرَقَا (وَلَوْ لَمْ يَكُنْ أَصْلُ العُلُوقِ فِي مِلْكِهِ ثَبَتَ نَسَبُ الوَلَدِ الَّذِي عِنْدَهُ، وَلَا يُنْقَضُ البَيْعُ فِيمَا بَاعَ) لِأَنَّ هٰذِهِ دَعْوَةُ تَحْرِيرٍ لِانْعِدَامِ شَاهِدِ الِاتِّصَالِ فَيَقْتَصِرُ عَلَىٰ مَحَلِّ وِلَايَتِهِ.

قَالَ: (وَإِذَا كَانَ الصَّبِيُّ فِي يَدِ رَجُلٍ فَقَالَ: هُوَ ابْنُ عَبْدِي فُلَانٍ الغَائِبِ ثُمَّ قَالَ: هُوَ ابْنِي لَمْ يَكُنِ ابْنَهُ أَبَدًا وَإِنْ جَحَدَ العَبْدُ أَنْ يَكُونَ ابْنَهُ، وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَقَالَا: إِذَا جَحَدَ العَبْدُ فَهُوَ ابْنُ المَوْلَىٰ) وَعَلَىٰ هٰذَا الخِلَافِ إِذَا قَالَ: هُوَ ابْنُ فُلَانٍ وُلِدَ عَلَىٰ فِرَاشِهِ ثُمَّ ادَّعَاهُ لِنَفْسِهِ. لَهُمَا أَنَّ الإِقْرَارَ ارْتَدَّ بِرَدِّ العَبْدِ فَصَارَ كَأَنْ لَمْ يَكُنِ الإِقْرَارُ، وَالْإِقْرَارُ بِالنَّسَبِ يَرْتَدُّ بِالرَّدِّ وَإِنْ كَانَ لَا يَحْتَمِلُ النَّقْضَ؛ أَلَا يَرَىٰ أَنَّهُ يَعْمَلُ فِيهِ الإِكْرَاهُ وَالْهَزْلُ فَصَارَ كَمَا إِذَا أَقَرَّ المُشْتَرِي عَلَى البَائِعِ بِإِعْتَاقِ المُشْتَرَىٰ فَكَذَّبَهُ البَائِعُ ثُمَّ قَالَ أَنَا أَعْتَقْتُهُ يَتَحَوَّلُ الوَلَاءُ إِلَيْهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا صَدَّقَهُ لِأَنَّهُ يَدَّعِي بَعْدَ ذٰلِكَ نَسَبًا ثَابِتًا مِنَ الغَيْرِ، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا لَمْ يُصَدِّقْهُ وَلَمْ

وليسَ من ضرورة حرية أحد التوأمين بعتق عارضٍ حرية الآخر، فلهذا لا يعتق الذي عند المشتري عليه.

قوله: أَلَا يَرَىٰ أَنَّهُ يَعْمَلُ فِيهِ الإِكْرَاهُ وَالْهَزْلُ، لا يبطل ما لا يحتمل النقضَ وكذا الهزل، ويبطلان الإقرارَ بذلك، فإنَّ من أكره على الطلاق والعتاق ففعلَ يقع الطلاق والعتاق، ولو أكره على الإقرار بِهما فأقرَّ لا يقع، كما لو أكره على البيع وغيره ممَّا يحتمل النقض ففعل فإنه لا يثبت، فإذا ثبت أنَّ الإقرار بما لا يحتمل النقضَ ملحقٌ بما يحتمل النقض ثَبَت أنه يرتدُّ بالردِّ.

يُكَذِّبُهُ لِأَنَّهُ تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ الْمُقَرِّ لَهُ عَلَى اعْتِبَارِ تَصْدِيقِهِ فَيَصِيرُ كَوَلَدِ الْمُلَاعَنَةِ فَإِنَّهُ لَا يَثْبُتُ نَسَبُهُ مِنْ غَيْرِ الْمُلَاعِنِ؛ لِأَنَّ لَهُ أَنْ يُكَذِّبَ نَفْسَهُ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ النَّسَبَ مِمَّا لَا يَحْتَمِلُ النَّقْضَ بَعْدَ ثُبُوتِهِ وَالْإِقْرَارُ بِمِثْلِهِ لَا يَرْتَدُّ بِالرَّدِّ فَبَقِيَ فَتَمْتَنِعُ دَعْوَتُهُ، كَمَنْ شَهِدَ عَلَىٰ رَجُلٍ بِنَسَبِ صَغِيرٍ فَرُدَّتْ شَهَادَتُهُ لِتُهْمَةٍ ثُمَّ ادَّعَاهُ لِنَفْسِهِ، وَهٰذَا لِأَنَّهُ تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ الْمُقَرِّ لَهُ عَلَى اعْتِبَارِ تَصْدِيقِهِ، حَتَّىٰ لَوْ صَدَّقَهُ بَعْدَ التَّكْذِيبِ يَثْبُتُ النَّسَبُ مِنْهُ، وَكَذَا تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ الْوَلَدِ فَلَا يَرْتَدُّ بِرَدِّ الْمُقَرِّ لَهُ. وَمَسْأَلَةُ الْوَلَاءِ عَلَىٰ هٰذَا الْخِلَافِ، وَلَوْ سَلِمَ فَالْوَلَاءُ قَدْ يَبْطُلُ بِاعْتِرَاضِ الْأَقْوَىٰ

قوله: فَبَقِيَ، أي بقي الإقرار في حقِّ المقرِّ وإن لم يثبت في حقِّ المقرِّ له، كما إذا أقرَّ بعتق عبد الغير وكذبه المالك ثمَّ اشترَاه يعتق عليه.

قوله: فَرُدَّتْ شَهَادَتُهُ لِتُهْمَةٍ، كالفسق والقرابة.

قوله: ثُمَّ ادَّعَاهُ لِنَفْسِهِ، يعني لا يصحُّ دعوة الشاهد لنفسه، لِمَا أنَّه أقرَّ بأنَّه ثابت النسب من المدَّعي، والإقرار بالنسب ممَّا لا يحتملُ النقض.

قوله: وَكَذَا تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ الْوَلَدِ، إنَّما قاله لأنَّ الإقرار حق المقرِّ له فينبغي أن يرتدَّ بردِّه كما في الإقرار بالدَّين، فقال محمد رحمه الله تعالىٰ: هذا الإقرار ليسَ بحق المقرِّ له على الخلوص بل تعلَّق به حق الولد أيضاً.

قوله: وَلَوْ سَلِمَ، إلىٰ آخره، يعني أنَّ الولاء أثرٌ من آثار الملك فيكون حكمه حكم الملك والملك يتحوَّل من شخصٍ إلىٰ شخصٍ، والثابت منه إذا طرأ على الموقوف يرفعه، وكذا الولاء يتحوَّل أيضًا من شخصٍ إلىٰ شخصٍ.

كَجَرِّ الوَلَاءِ مِنْ جَانِبِ الأُمِّ إِلَىٰ قَوْمِ الأَبِ. وَقَدِ اعْتَرَضَ عَلَى الوَلَاءِ المَوْقُوفِ مَا هُوَ أَقْوَىٰ وَهُوَ دَعْوَى المُشْتَرِي فَيَبْطُلُ بِهِ، بِخِلَافِ النَّسَبِ عَلَىٰ مَا مَرَّ. وَهٰذَا يَصْلُحُ مَخْرَجًا عَلَىٰ أَصْلِهِ فِيمَنْ يَبِيعُ الوَلَدَ وَيَخَافُ عَلَيْهِ الدَّعْوَةَ بَعْدَ ذٰلِكَ فَيَقْطَعُ دَعْوَاهُ إِقْرَارُهُ بِالنَّسَبِ لِغَيْرِهِ.

قَالَ: (وَإِذَا كَانَ الصَّبِيُّ فِي يَدِ مُسْلِمٍ وَنَصْرَانِيٍّ فَقَالَ النَّصْرَانِيُّ: هُوَ ابْنِي وَقَالَ المُسْلِمُ هُوَ عَبْدِي فَهُوَ ابْنُ النَّصْرَانِيِّ وَهُوَ حُرٌّ) لِأَنَّ الإِسْلَامَ

قوله: كَجَرِّ الوَلَاءِ، صورته معتقةٌ تزوَّجت بعبدٍ وولدت منه أولادًا فجنى الأولاد كان عقل جناياتهم علىٰ موالي الأمِّ، لأنَّ الأبَ ليسَ من أهل الولاء فكان الولدُ ملحقًا بقوم الأمِّ، فإن أعتق العبد جرَّ ولاء الولد إلىٰ نفسه.

قوله: مَا هُوَ أَقْوَىٰ وَهُوَ دَعْوَى المُشْتَرِي، وإنَّما كان دعواه أقوىٰ لأنَّ الملك له قائمٌ في الحال ظاهرًا فكان دعوى الولاء إلىٰ نفسه بسبب الإعتاق مصادفًا بمحلِّه لوجود شرطه وهو قيام الملك.

قوله: بِخِلَافِ النَّسَبِ عَلَىٰ مَا مَرَّ، أي في ولد الملاعنة فإنه لا يثبت نسبه من غير الملاعن لاحتمال ثبوته من الملاعن.

قوله: وَهٰذَا يَصْلُحُ مَخْرَجًا، أي قوله: هذا ابن عبدي، فمن يبيع الولد ويخافُ أن يدعيه البائعُ فينتقض البيعَ فيأمر البائع ليقرَّ بالنسب لغيره خوفًا من انتقاض البيع فإنَّ هذا يكون حيلةً عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، لأنَّ الغائب لو صدقَ أو كذبَ أو لم يعرف منه تصديقٌ ولا تكذيبٌ لم يصح دعوة المقرِّ عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، والحيلة علىٰ قول الكلِّ أن يقرَّ البائع أنَّ هذا ابن فلان الميِّت حتَّىٰ لا يتأتى منه تكذيبٌ فيكون مخرجًا على قول الكلِّ، ذكره شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالىٰ.

مُرَجِّحٌ فَيَسْتَدْعِي تَعَارُضًا، وَلَا تَعَارُضَ لِأَنَّ نَظَرَ الصَّبِيِّ فِي هٰذَا أَوْفَرُ لِأَنَّهُ يَنَالُ شَرَفَ الحُرِّيَّةِ حَالًا وَشَرَفَ الإِسْلَامِ مَآلًا، إِذْ دَلَائِلُ الوَحْدَانِيَّةِ ظَاهِرَةٌ، وَفِي عَكْسِهِ الحُكْمُ بِالْإِسْلَامِ تَبَعًا وَحِرْمَانُهُ عَنِ الحُرِّيَّةِ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِي وُسْعِهِ اكْتِسَابُهَا (وَلَوْ كَانَتْ دَعْوَتُهُمَا دَعْوَةَ البُنُوَّةِ فَالْمُسْلِمُ أَوْلَىٰ) تَرْجِيحًا لِلْإِسْلَامِ وَهُوَ أَوْفَرُ النَّظَرَيْنِ.

قَالَ: (وَإِذَا ادَّعَتِ امْرَأَةٌ صَبِيًّا أَنَّهُ ابْنُهَا لَمْ تَجُزْ دَعْوَاهَا حَتَّىٰ تَشْهَدَ امْرَأَةٌ عَلَى الوِلَادَةِ) وَمَعْنَى المَسْأَلَةِ أَنْ تَكُونَ المَرْأَةُ ذَاتَ زَوْجٍ لِأَنَّهَا تَدَّعِي تَحْمِيلَ النَّسَبِ عَلَى الغَيْرِ فَلَا تُصَدَّقُ إِلَّا بِحُجَّةٍ، بِخِلَافِ الرَّجُلِ لِأَنَّهُ

قوله: وَلَا تَعَارُضَ، أي بين دعوى الرقِّ ودعوى النسب لأنه يجوز أن يكون عبدًا لواحدٍ وابنًا لآخر.

قوله: وَفِي عَكْسِهِ الحُكْمُ بِالْإِسْلَامِ تَبَعًا، يعني لو جعلناه عبدًا للمسلم جعلناه مسلمًا تبعًا وحرمناه عن الحرِّية لأنه ليسَ في وسعه اكتساب الحرية.

قوله: وَهُوَ أَوْفَرُ النَّظَرَيْنِ، لأنَّ القضاءَ بالنسب من المسلم قضاءٌ بإسلامه.

قوله: وَمَعْنَى المَسْأَلَةِ أَنْ تَكُونَ المَرْأَةُ ذَاتَ زَوْجٍ، إنَّما قيَّد بذلك لأنَّ المرأة إذا لم تكن ذات زوج يكون القول قولها من غير بينةٍ، كما في الرجل على ما ذكر في الكتاب بعد هذا، ومن المشايخ من أجرى المسئلة علىٰ إطلاقها وردَّ قولها وإن لم تكن ذات زوج عملاً بإطلاق ما ذكر محمد رحمه الله تعالىٰ.

قوله: بِخِلَافِ الرَّجُلِ، أي يصدق الرجل في دعوى الولد بدون شهادة القابلة لمعنيين: أحدهما: هو أنَّ دعواه دعوى علوق الولد منه وذلك أمرٌ باطن لا يوقف عليه

يُحَمِّلُ نَفْسَهُ النَّسَبَ، ثُمَّ شَهَادَةُ القَابِلَةِ كَافِيَةٌ فِيهَا لِأَنَّ الحَاجَةَ إِلَىٰ تَعْيِينِ الوَلَدِ. أَمَّا النَّسَبُ فَيَثْبُتُ بِالْفِرَاشِ القَائِمِ، وَقَدْ صَحَّ «أَنَّ النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - قَبِلَ شَهَادَةَ القَابِلَةِ عَلَى الوِلَادَةِ» (وَلَوْ كَانَتْ مُعْتَدَّةً فَلَا بُدَّ مِنْ حُجَّةٍ تَامَّةٍ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَقَدْ مَرَّ فِي الطَّلَاقِ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ مَنْكُوحَةً وَلَا مُعْتَدَّةً قَالُوا: يَثْبُتُ النَّسَبُ مِنْهَا بِقَوْلِهَا لِأَنَّ فِيهِ إِلْزَامًا عَلَىٰ نَفْسِهَا دُونَ غَيْرِهَا. (وَإِنْ كَانَ لَهَا زَوْجٌ وَزَعَمَتْ أَنَّهُ ابْنُهُمَا مِنْهُ وَصَدَّقَهَا فَهُوَ ابْنُهُمَا وَإِنْ لَمْ تَشْهَدِ امْرَأَةٌ) لِأَنَّهُ التَزَمَ نَسَبَهُ فَأَغْنَىٰ ذٰلِكَ عَنِ الحُجَّةِ. (وَإِنْ كَانَ الصَّبِيُّ فِي أَيْدِيهِمَا وَزَعَمَ الزَّوْجُ أَنَّهُ ابْنُهُ مِنْ غَيْرِهَا وَزَعَمَتْ أَنَّهُ ابْنُهَا مِنْ غَيْرِهِ فَهُوَ ابْنُهُمَا) لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ الوَلَدَ مِنْهُمَا لِقِيَامِ أَيْدِيهِمَا أَوْ لِقِيَامِ الفِرَاشِ بَيْنَهُمَا، ثُمَّ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يُرِيدُ إِبْطَالَ حَقِّ صَاحِبِهِ فَلَا يُصَدَّقُ عَلَيْهِ، وَهُوَ نَظِيرُ ثَوْبٍ فِي يَدِ رَجُلَيْنِ يَقُولُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا هُوَ بَيْنِي وَبَيْنَ رَجُلٍ آخَرَ غَيْرِ صَاحِبِهِ يَكُونُ الثَّوْبُ

فيقبل قوله من غير حجةٍ، كما إذا علق طلاق امرأته بحيضها يقبل قولها حضت لهذا، أمَّا المرأة فيمكنها إثبات النسب بالبيِّنة لأنَّ انفصال الولد منها ممَّا يشاهدُ ويعاينُ فلم يقبل قولها إلا بحجةٍ، كما إذا علق طلاقها بدخول الدار فادعت المرأة الدخول وكذبَها الزوج لا يصدق إلا ببينةٍ لإمكان الإثبات بالبينة، والثاني: أنَّ دعوى الرجل إقرارٌ علىٰ نفسه بوجوب النفقة والحفظ والتَّربية، أمَّا دعوى المرأة فإقرارٌ على الزوج لا يلزمها شيءٌ من ذلك والدَّعوىٰ لا تقبل إلا بحجةٍ، وإن كان الصبيُّ في أيديهما فزَعَم الزوج أنه ابنه من غيرها وزعمت أنه ابنها من غيره فهو ابنهما، هذا إذا كان الصبيُّ لا يعبِّر عن نفسه، فإن كان

بَيْنَهُمَا إِلَّا أَنَّ هُنَاكَ يَدْخُلُ المُقَرُّ لَهُ فِي نَصِيبِ المُقِرِّ لِأَنَّ المَحَلَّ يَحْتَمِلُ الشَّرِكَةَ، وَهَاهُنَا لَا يَدْخُلُ لِأَنَّ النَّسَبَ لَا يَحْتَمِلُهَا.

قَالَ: (وَمَنِ اشْتَرَىٰ جَارِيَةً فَوَلَدَتْ وَلَدًا عِنْدَهُ فَاسْتَحَقَّهَا رَجُلٌ غَرِمَ الأَبُ قِيمَةَ الوَلَدِ يَوْمَ يُخَاصِمُ) لِأَنَّهُ وَلَدُ المَغْرُورِ فَإِنَّ المَغْرُورَ مَنْ يَطَأُ امْرَأَةً مُعْتَمِدًا عَلَىٰ مِلْكِ يَمِينٍ أَوْ نِكَاحٍ فَتَلِدُ مِنْهُ ثُمَّ تُسْتَحَقُّ، وَوَلَدُ المَغْرُورِ حُرٌّ بِالْقِيمَةِ بِإِجْمَاعِ الصَّحَابَةِ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ -، وَلِأَنَّ النَّظَرَ مِنَ الجَانِبَيْنِ وَاجِبٌ فَيُجْعَلُ الوَلَدُ حُرَّ الأَصْلِ فِي حَقِّ أَبِيهِ رَقِيقًا فِي حَقِّ مُدَّعِيهِ نَظَرًا لَهُمَا، ثُمَّ الوَلَدُ حَاصِلٌ فِي يَدِهِ مِنْ غَيْرِ صُنْعِهِ فَلَا يَضْمَنُهُ إِلَّا بِالْمَنْعِ كَمَا فِي وَلَدِ المَغْصُوبَةِ، فَلِهَٰذَا تُعْتَبَرُ قِيمَةُ الوَلَدِ يَوْمَ الخُصُومَةِ لِأَنَّهُ يَوْمُ المَنْعِ (وَلَوْ مَاتَ الوَلَدُ لَا شَيْءَ عَلَى الأَبِ) لِانْعِدَامِ المَنْعِ، وَكَذَا لَوْ تَرَكَ مَالًا لِأَنَّ الإِرْثَ لَيْسَ بِبَدَلٍ عَنْهُ، وَالْمَالُ لِأَبِيهِ لِأَنَّهُ حُرُّ الأَصْلِ فِي

يعبِّر فالقولُ له أيُّهما صَدَق ثَبَت نسبه بتصديقه.

قوله: فَيُجْعَلُ الوَلَدُ حُرَّ الأَصْلِ فِي حَقِّ أَبِيهِ، لأنَّ مقصوده من الاستيلاد انعلاق ولده حرًّا، إذ لو عَلِم بانعلاقه رقيقًا لا يقدم على الاستيلاد، فيجعل حرَّ الأصل تحقيقًا لمقصوده.

قوله: وَكَذَا لَوْ تَرَكَ مَالًا لِأَنَّ الإِرْثَ لَيْسَ بِبَدَلٍ عَنْهُ، أي عن الولد بخلاف الدية لأنَّها بدله فمنعها كمنع الولد فيأخذ قيمته.

حَقِّهِ فَيَرِثُهُ (وَلَوْ قَتَلَهُ الأَبُ يَغْرَمُ قِيمَتَهُ) لِوُجُودِ المَنْعِ (وَكَذَا لَوْ قَتَلَهُ غَيْرُهُ فَأَخَذَ دِيَتَهُ)، لِأَنَّ سَلَامَةَ بَدَلِهِ لَهُ كَسَلَامَتِهِ، وَمَنْعَ بَدَلِهِ كَمَنْعِهِ فَيَغْرَمُ قِيمَتَهُ كَمَا إِذَا كَانَ حَيًّا (وَيَرْجِعُ بِقِيمَةِ الوَلَدِ عَلَىٰ بَائِعِهِ) لِأَنَّهُ ضَمِنَ لَهُ سَلَامَتَهُ كَمَا يَرْجِعُ بِثَمَنِهِ، بِخِلَافِ العُقْرِ لِأَنَّهُ لَزِمَهُ لِاسْتِيفَاءِ مَنَافِعِهَا فَلَا يَرْجِعُ بِهِ عَلَى البَائِعِ، وَاللهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

قوله: فَيَرِثُهُ، فإن قيل: الولدُ إن كان حرًّا في حقِّ أبيه فهو رقيقٌ في حقِّ مدَّعيه فوجبَ أن يكون المال بينهما، قلنا: الولد حرُّ الأصل في حقِّ المدَّعي أيضًا حتى لا يكون ولاؤه له، وإنَّما جعل رقيقًا ضرورة القضاء له بالقيمة والثابت بالضرورة يتقدَّر بقدرها.

قوله: فَأَخَذَ دِيَتَهُ، قيَّد بالأخذ، ذكر في المبسوط: فإن قضىٰ له بالدية فلم يقبضها لم يؤخذ بالقيمة لأنَّ المنع لا يتحقَّق في ما لم يصل إلىٰ يده من البدل فإن قبض من الدية قدر قيمة المقتول قضي عليه بالقيمة للمستحقِّ، لأنَّ المنع تحققَّ بوصول يده إلى البدل فيكون منعه قدر قيمة الولد كمنعه الولد.

قوله: لِأَنَّهُ ضَمِنَ لَهُ سَلَامَتَهُ، يعني أنَّ الولد جزء الأمِّ والبائع قد ضمن للمشتري سلامة المبيع بجميعه ولم يسلم.

قوله: كَمَا يَرْجِعُ بِثَمَنِهِ، أي بالثمن الذي أدَّاه المشتري إلى البائع، والضمير للمشتري، وقيل: بثمن المشتري إذا استحقَّ، أو بثمن الولد لو تصوَّر شراؤه فاستحقه أحدٌ، والله تعالىٰ أعلم.

كِتَابُ الإِقْرَارِ

قَالَ: (وَإِذَا أَقَرَّ الحُرُّ البَالِغُ العَاقِلُ بِحَقٍّ لَزِمَهُ إِقْرَارُهُ مَجْهُولًا كَانَ مَا أَقَرَّ بِهِ أَوْ مَعْلُومًا) اعْلَمْ أَنَّ الإِقْرَارَ إِخْبَارٌ عَنْ ثُبُوتِ الحَقِّ، وَأَنَّهُ مُلْزِمٌ لِوُقُوعِهِ دَلَالَةً؛ أَلَا تَرَىٰ كَيْفَ أَلْزَمَ رَسُولُ اللهِ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - مَاعِزًا - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - الرَّجْمَ بِإِقْرَارِهِ وَتِلْكَ المَرْأَةَ بِاعْتِرَافِهَا، ....

كتاب الإقرار

قوله: وَإِذَا أَقَرَّ الحُرُّ البَالِغُ العَاقِلُ بِحَقٍّ، الإقرار إخبار عن ثبوت حقَّ الغير علىٰ نفسه وليسَ بإثبات الحقِّ، وحكمه ظهور المقرِّ به لا ثبوته ابتداءً، ألا ترىٰ أنَّه لا يصحُّ الإقرار بالطلاق والعتاق مع الإكراه، والإنشاء يصحُّ مع الإكراه، ولهذا قالوا: لو أقرَّ لغيره بمالٍ والمقرُّ له يعلم أنه كاذبٌ في إقراره لا يحلُّ له إذا أخذه عن كرهٍ منه فيما بينه وبين الله تعالىٰ، إلَّا أن يسلمه عن طيبٍ من نفسه فيكون تمليكًا مبتدأً منه علىٰ سبيل الهبة، والملك يثبت للمقرِّ له بلا تصديقٍ وقبولٍ ولكن يبطل بردِّه، والمقرُّ له إذا صدقه ثمَّ ردَّه لا يصحُّ ردُّه وإنَّه ملزمٌ على المقرِّ ما أقرَّ به لوقوعه دليلًا علىٰ صدق المخبر به، قال الله تعالى: ﴿كُونُواْ قَوَّٰمِينَ بِٱلْقِسْطِ شُهَدَآءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰٓ أَنفُسِكُمْ﴾ [النساء: ١٣٥] والشهادة علىٰ نفسه هو الإقرار.

قوله: وَتِلْكَ المَرْأَةُ بِاعْتِرَافِهَا، هي الغامدية وهيَ التي أقرَّ الماعزُ أنَّه زنىٰ بِها، فقال رسول الله عليه الصلاة والسلام لأنسٍ: «أغد يا أنس إلى امرأة هذا، فإن اعترفت فارجمها»

وَهُوَ حُجَّةٌ قَاصِرَةٌ لِقُصُورِ وِلَايَةِ المُقِرِّ عَنْ غَيْرِهِ فَيَقْتَصِرُ عَلَيْهِ. وَشَرَطَ الحُرِّيَّةَ لِيَصِحَّ إِقْرَارُهُ مُطْلَقًا، فَإِنَّ العَبْدَ المَأْذُونَ لَهُ وَإِنْ كَانَ مُلْحَقًا بِالْحُرِّ فِي حَقِّ الإِقْرَارِ، لٰكِنَّ المَحْجُورَ عَلَيْهِ لَا يَصِحُّ إِقْرَارُهُ بِالْمَالِ وَيَصِحُّ بِالْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ لِأَنَّ إِقْرَارَهُ عُهِدَ مُوجِبًا لِتَعَلُّقِ الدَّيْنِ بِرَقَبَتِهِ وَهِيَ مَالُ المَوْلَىٰ فَلَا يُصَدَّقُ عَلَيْهِ، بِخِلَافِ المَأْذُونِ لِأَنَّهُ مُسَلَّطٌ عَلَيْهِ مِنْ جِهَتِهِ، وَبِخِلَافِ الحَدِّ وَالدَّمِ لِأَنَّهُ مُبْقًى عَلَىٰ أَصْلِ الحُرِّيَّةِ فِي ذٰلِكَ، حَتَّىٰ لَا يَصِحَّ إِقْرَارُ المَوْلَىٰ عَلَى العَبْدِ فِيهِ، وَلَا بُدَّ مِنَ البُلُوغِ وَالْعَقْلِ لِأَنَّ إِقْرَارَ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ غَيْرُ لَازِمٍ لِانْعِدَامِ أَهْلِيَّةِ الِالْتِزَامِ، إِلَّا إِذَا كَانَ الصَّبِيُّ مَأْذُونًا لَهُ لِأَنَّهُ مُلْحَقٌ بِالْبَالِغِ بِحُكْمِ الإِذْنِ،

فاعترفت فرجمت، فلمَّا جعل الإقرار حُجَّةً في الحدود التي تدرأ بالشبهات فلأَن يكون حجةً في غيرها أَوْلىٰ.

قوله: وَهُوَ حُجَّةٌ قَاصِرَةٌ لِقُصُورِ وِلَايَةِ المُقِرِّ عَنْ غَيْرِهِ فَيَقْتَصِرُ عَلَيْهِ، حتى لو أقرَّ مجهول الأصل بالرقِّ لرجلٍ جاز ذلك علىٰ نفسه وماله، ولم يصدق علىٰ أَوْلَاده وأمَّهاتِهم ومدبريه ومكاتبيه لأنه قد ثبت حقُّ الحرية له واستحقاق الحرية لهؤلاء فلا يصدق عليهم.

قوله: وَشَرَطَ الحُرِّيَّةَ لِيَصِحَّ إِقْرَارُهُ مُطْلَقًا، أي في المال وغيره.

قوله: بِخِلَافِ المَأْذُونِ لِأَنَّهُ مُسَلَّطٌ عَلَيْهِ مِنْ جِهَتِهِ، فإنَّه إذا أقرَّ بدينٍ لرجلٍ أو وديعةٍ أو غصبٍ أو عاريةٍ فإنَّه يصحُّ لأنه ملحقٌ بالأحرار في حقِّ الإقرار، لأنَّ المولىٰ إذا أذن له فقد رضيَ بتعليق الدين برقبته فكان مسلَّطًا عليه من جهته.

قوله: إِلَّا إِذَا كَانَ الصَّبِيُّ مَأْذُونًا، في التجارة، كان إقراره جائزًا بدينٍ لرجلٍ أو غصبٍ

وَجَهَالَةُ الْمُقَرِّ بِهِ لَا تَمْنَعُ صِحَّةَ الإِقْرَارِ؛ لِأَنَّ الحَقَّ قَدْ يَلْزَمُ مَجْهُولًا بِأَنْ أَتْلَفَ مَالًا لَا يَدْرِي قِيمَتَهُ أَوْ يَجْرَحُ جِرَاحَةً لَا يَعْلَمُ أَرْشَهَا أَوْ تَبْقَىٰ عَلَيْهِ بَاقِيَةُ حِسَابٍ لَا يُحِيطُ بِهِ عِلْمُهُ، وَالْإِقْرَارُ إِخْبَارٌ عَنْ ثُبُوتِ الحَقِّ فَيَصِحُّ بِهِ، بِخِلَافِ الجَهَالَةِ فِي المُقَرِّ لَهُ لِأَنَّ المَجْهُولَ لَا يَصْلُحُ مُسْتَحِقًّا، (وَيُقَالُ لَهُ: بَيِّنِ المَجْهُولَ) لِأَنَّ التَّجْهِيلَ مِنْ جِهَتِهِ فَصَارَ كَمَا إِذَا أَعْتَقَ أَحَدَ عَبْدَيْهِ (فَإِنْ لَمْ يُبَيِّنْ أَجْبَرَهُ القَاضِي عَلَى البَيَانِ) لِأَنَّهُ لَزِمَهُ الخُرُوجُ عَمَّا لَزِمَهُ بِصَحِيحِ إِقْرَارِهِ وَذٰلِكَ بِالْبَيَانِ. قَالَ: (فَإِنْ قَالَ: لِفُلَانٍ عَلَيَّ شَيْءٌ لَزِمَهُ أَنْ يُبَيِّنَ مَا لَهُ قِيمَةٌ لِأَنَّهُ أَخْبَرَ عَنِ الوُجُوبِ فِي ذِمَّتِهِ، وَمَا لَا قِيمَةَ لَهُ لَا يَجِبُ فِيهَا) ، فَإِذَا بَيَّنَ غَيْرَ ذٰلِكَ يَكُونُ رُجُوعًا.

أو وديعةٍ أو عاريةٍ أو مضاربةٍ لأنّه التحق بالإذن بالبالغ لدلالة الإذن علىٰ عقله، ولا يصحُّ إقراره بالمهر والجناية والكفالة لأنَّها غير داخلةٍ تحت الإذن إذ التجارة مبادلة المال بالمال والنكاح مبادلة المال بما ليسَ بمال والكفالة تبرع من وجهٍ فلم تكن تجارةً مطلقةً.

قوله: وَجَهَالَةُ الْمُقَرِّ بِهِ لَا تَمْنَعُ صِحَّةَ الإِقْرَارِ، اعلم أنَّ الجهالة التي تتعلق بالإقرار لا يخلو عن ثلاثة أوجه: إمَّا أن تكون الجهالة في المقرِّ، أو في المقرِّ له، أو في المقرِّ به، فالأوّلان يمنعان صحة الإقرار بخلاف الثالث، أمَّا جهالة المقرِّ له كما إذا قال: لرجل عليَّ ألف درهم، أو يقول: لزيدٍ عليَّ ألف درهم، لم يصح الإقرار لأنَّ زيدًا في الدنيا كثيرٌ إلَّا أن يبيِّن، وكذلك جهالة المقرِّ تمنع صحة الإقرار نحو أن يقول لرجل: لك عليَّ أحد ألف درهم، لأنَّ المقضىٰ عليه مجهول وجهالة المقرِّ به لا تمنع صحة الإقرار والبيان في ذلك إلى المقرِّ لأنه هو المجمِلُ فإليه بيانه، كذا في شرح الطحاوي.

قوله: وَالْإِقْرَارُ إِخْبَارٌ عَنْ ثُبُوتِ الحَقِّ فَيَصِحُّ بِهِ، أي يكون المقرُّ به مجهولاً.

قَالَ: (وَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ إِنِ ادَّعَى الْمُقَرُّ لَهُ أَكْثَرَ مِنْ ذٰلِكَ) لِأَنَّهُ هُوَ الْمُنْكِرُ فِيهِ (وَكَذَا إِذَا قَالَ لِفُلَانٍ عَلَيَّ حَقٌّ) لِمَا بَيَّنَّا، وَكَذَا لَوْ قَالَ: غَصَبْتُ مِنْهُ شَيْئًا وَيَجِبُ أَنْ يُبَيِّنَ مَا هُوَ مَالٌ يَجْرِي فِيهِ التَّمَانُعُ تَعْوِيلًا

قوله: وَكَذَا إِذَا قَالَ لِفُلَانٍ عَلَيَّ حَقٌّ، لِمَا بَيَّنَّا، أي لأنه أخبر عن الوجوب في ذمته، وذكر في المحيط والمستزاد: ولو قال الرجل لفلانٍ عليَّ حقٌّ، ثمَّ قال مفصولاً عنيتُ به حقَّ الإسلام لا يصدق، وإن قال موصولاً يصدق لأنه بيانٌ يعتبر باعتبار العرف لأنه لا يُراد به في العرف حقُّ الإسلام وإنَّما يُراد به حقوق مالية.

قوله: وَكَذَا لَوْ قَالَ: غَصَبْتُ مِنْهُ شَيْئًا، ذكر في المبسوط: رجلٌ قال: غصبتُ من فلان شيئًا، فالإقرار صحيحٌ ويلزمه به ما يبينه ولا بُدَّ من أن يبيِّن شيئًا هو مالٌ لأنَّ الشيء حقيقةً اسم لما هو موجود مالاً كان أو غير مال إلا أنَّ لفظ الغصب دليلٌ على المالية فيه فالغصب لا يرد إلَّا علىٰ ما هو مالٌ وما يثبت بدلالة اللفظ فهو كالملفوظ كقوله اشتريتُ من فلان شيئًا يكون إقرارًا بشراء ما هو مال، لأنَّ الشراء لا يتحقَّق إلا فيه ولا بُدَّ من أن يبين مالا يجري فيه التمانع بين الناس، حتى إن فسَّره بحبة حنطةٍ لا يقبل ذلك منه لأنَّ الإقرار بالغصب دليلٌ علىٰ أنه كان ممنوعًا من جهة صاحبه حتى غلب عليه، وهذا ممَّا يجري فيه التمانع فإذا بين شيئًا بهذه الصفة قبل بيانه لأنَّ هذا بيان مقرِّر لأصل كلامه وبيان التقرير صحيحٌ موصولاً كان أو مفصولاً، ثمَّ إن ساعده المقرُّ له علىٰ ما بينه أخذه، وإن ادَّعىٰ غيره فالقول قول المقرِّ مع يمينه لأنه خرج عن موجب إقراره بما بيَّن، فإذا كذبه المقرُّ له فيه صار رادًّا لإقراره وتبقىٰ دعواه شيئًا آخر عليه وهو لذلك منكرٌ فالقول قوله مع يمينه، ولا فرقَ بين أن يبين شيئًا يضمن بالغصب أو لا يضمن بعد أن يكون بحيث يجري فيه التمانع، حتَّىٰ إذا بين أنَّ المغصوب خمر فالقول قوله، وكذلك إن بيَّن أنَّ المغصوب دار فالقول قوله وإن كانت لا تضمن عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، واختلفت المشايخ فيما إذا بين

عَلَى العَادَةِ. (وَلَوْ قَالَ: لِفُلَانٍ عَلَيَّ مَالٌ فَالْمَرْجِعُ إِلَيْهِ فِي بَيَانِهِ) لِأَنَّهُ الْمُجْمِلُ (وَيُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي القَلِيلِ وَالْكَثِيرِ) لِأَنَّ كُلَّ ذٰلِكَ مَالٌ فَإِنَّهُ اسْمٌ لِمَا يُتَمَوَّلُ بِهِ (إِلَّا أَنَّهُ لَا يُصَدَّقُ فِي أَقَلَّ مِنْ دِرْهَمٍ) لِأَنَّهُ لَا يُعَدُّ مَالًا عُرْفًا (وَلَوْ قَالَ: مَالٌ عَظِيمٌ لَمْ يُصَدَّقْ فِي أَقَلَّ مِنْ مِائَتَيْ دِرْهَمٍ) لِأَنَّهُ أَقَرَّ بِمَالٍ مَوْصُوفٍ فَلَا يَجُوزُ إِلْغَاءُ الوَصْفِ وَالنِّصَابُ عَظِيمٌ حَتَّىٰ اُعْتُبِرَ صَاحِبُهُ غَنِيًّا بِهِ، وَالْغَنِيُّ عَظِيمٌ عِنْدَ النَّاسِ. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ لَا يُصَدَّقُ فِي أَقَلَّ مِنْ عَشَرَةِ دَرَاهِمَ وَهِيَ نِصَابُ السَّرِقَةِ لِأَنَّهُ عَظِيمٌ حَيْثُ تُقْطَعُ بِهِ اليَدُ المُحْتَرَمَةُ، وَعَنْهُ مِثْلُ جَوَابِ الكِتَابِ، وَهٰذَا إِذَا قَالَ مِنَ الدَّرَاهِمِ، أَمَّا إِذَا قَالَ مِنَ الدَّنَانِيرِ فَالتَّقْدِيرُ فِيهَا بِالْعِشْرِينَ، وَفِي الإِبِلِ بِخَمْسٍ وَعِشْرِينَ لِأَنَّهُ أَدْنَىٰ نِصَابٍ يَجِبُ فِيهِ مِنْ جِنْسِهِ وَفِي غَيْرِ مَالِ

أنَّ المغصوب زوجته أو ولده، فمنهم من يقول بيانه مقبولٌ، وفي الإيضاح: وهذا اختيار مشايخ العراق لأنه موافقٌ لمبهم كلامه فإنَّ لفظ الغصب يطلق على الزوجة والولد عادةً والتمانع فيه يجري بين الناس أكثر ممَّا يجري في الأموال، وأكثرهم علىٰ أنه لا يقبل بيانه بهذا، وفي الإيضاح: وأمَّا اختيار أهل ما وراء النهر لا بُدَّ من أن يبين شيئًا له قيمةً لأنَّ حكم الغصب لا يتحقَّق إلا فيما هو مالٌ فبيانه بمَا ليسَ بمالٍ يكون إنكارًا لحكم الغصب بعد إقراره بسببه وذلك غير صحيحٌ منه، واختار في الهداية قولَ هؤلاء حيث قال يجب أن يبين ما هو مالٌ يجري فيه التمانع تعويلاً على العادة أي لأنَّ مطلق اسم الغصب يطلق علىٰ أخذ مالٍ متقومٍ في العرف.

قوله: وَفِي الإِبِلِ بِخَمْسٍ وَعِشْرِينَ، كان ينبغي أن يقدَّر بخمس لأنه تجب فيه شاة فكان غنيًا، قلنا: هو مالٌ عظيمٌ من وجه حتى تجب فيه الزكاة وليس بعظيمٍ من وجهٍ حتى لا

الزَّكَاةِ بِقِيمَةِ النِّصَابِ (وَلَوْ قَالَ: أَمْوَالٌ عِظَامٌ فَالتَّقْدِيرُ بِثَلَاثَةِ نُصُبٍ مِنْ أَيِّ فَنٍّ سَمَّاهُ) اعْتِبَارًا لِأَدْنَى الجَمْعِ (وَلَوْ قَالَ: دَرَاهِمُ كَثِيرَةٌ لَمْ يُصَدَّقْ فِي أَقَلَّ مِنْ عَشَرَةٍ) وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - (وَعِنْدَهُمَا لَمْ يُصَدَّقْ فِي أَقَلَّ مِنْ مِائَتَيْنِ) لِأَنَّ صَاحِبَ النِّصَابِ مُكْثِرٌ حَتَّىٰ وَجَبَ عَلَيْهِ مُوَاسَاةُ غَيْرِهِ، بِخِلَافِ مَا دُونَهُ. وَلَهُ أَنَّ العَشَرَةَ أَقْصَىٰ مَا يَنْتَهِي إِلَيْهِ اسْمُ الجَمْعِ، يُقَالُ عَشَرَةُ دَرَاهِمَ ثُمَّ يُقَالُ أَحَدَ عَشَرَ دِرْهَمًا فَيَكُونُ هُوَ الأَكْثَرُ مِنْ حَيْثُ اللَّفْظُ فَيَنْصَرِفُ إِلَيْهِ (وَلَوْ قَالَ دَرَاهِمُ فَهِيَ ثَلَاثَةٌ) لِأَنَّهَا أَقَلُّ الجَمْعِ الصَّحِيحِ (إِلَّا أَنْ يُبَيِّنَ أَكْثَرَ مِنْهَا) لِأَنَّ اللَّفْظَ يَحْتَمِلُهُ وَيَنْصَرِفُ إِلَى الوَزْنِ المُعْتَادِ (وَلَوْ قَالَ: كَذَا كَذَا دِرْهَمًا لَمْ يُصَدَّقْ فِي أَقَلَّ مِنْ أَحَدَ

تجب فيه من جنسه، فاعتبرنا ما ذكرنا ليكون عظيمًا مطلقًا، إذ المطلق ينصرف إلى الكامل وفي غير مال الزكاة بقيمة النصاب، ولو قال أموالٌ عظامٌ فالتقدير بثلاثة نصب من جنس ما سمَّاه تحقيقًا لأدنى الجمع، حتَّىٰ لو قال من الدراهم كان ستَّ مائة درهم، وكذلك في كلِّ جنسٍ يريده حتى لو أراد الإبل تجبُ عليه من الإبل خمسة وسبعون، وهذا لأنَّ أقلَّ الجمع ثلاثة فيحمل علىٰ ثلاثة أموال، ولو قال عليَّ مالٌ نفيسٌ أو كريمٌ أو خطيرٌ أو جليلٌ قال الناطفي: لم أجده منصوصًا، وكان الجرجانِي يقول: يلزم مائتان، ولو قال عليَّ دُرَيْهم أو دُنَيْنير فعليه درهمٌ تام ودينارٌ تام، لأنَّ الصغير قد يذكر لصغر حجمه بالتصغير فلا ينقص عن الوزن، ولو قال حنطةٌ كثيرةٌ فهذا علىٰ خمسة أوْسَاق والوسق ستُّون صاعًا، وهذا علىٰ قولهما لأنَّ النصاب في باب العشر يقدَّر بِهذا، وأمَّا علىٰ قول أبي حنيفة رضي الله عنه فلا نصابَ للحنطة فيرجع إلى بيان المقرِّ.

قوله: إِلَى الوَزْنِ المُعْتَادِ، أي معتاد ذلك البلد، قال في المبسوط: إن كان في بلد

عَشَرَ دِرْهَمًا) لِأَنَّهُ ذَكَرَ عَدَدَيْنِ مُبْهَمَيْنِ لَيْسَ بَيْنَهُمَا حَرْفُ العَطْفِ وَأَقَلُّ ذٰلِكَ مِنَ المُفَسَّرِ أَحَدَ عَشَرَ (وَلَوْ قَالَ: كَذَا وَكَذَا دِرْهَمًا لَمْ يُصَدَّقْ فِي أَقَلَّ مِنْ أَحَدٍ وَعِشْرِينَ) لِأَنَّهُ ذَكَرَ عَدَدَيْنِ مُبْهَمَيْنِ بَيْنَهُمَا حَرْفُ العَطْفِ، وَأَقَلُّ ذٰلِكَ مِنَ المُفَسَّرِ أَحَدٌ وَعِشْرُونَ فَيُحْمَلُ كُلُّ وَجْهٍ عَلَىٰ نَظِيرِهِ (وَلَوْ قَالَ كَذَا دِرْهَمًا فَهُوَ دِرْهَمٌ) لِأَنَّهُ تَفْسِيرٌ لِلْمُبْهَمِ (وَلَوْ ثَلَّثَ كَذَا بِغَيْرِ وَاوٍ فَأَحَدَ عَشَرَ) لِأَنَّهُ لَا نَظِيرَ لَهُ سِوَاهُ (وَإِنْ ثَلَّثَ بِالْوَاوِ فَمِائَةٌ وَأَحَدٌ وَعِشْرُونَ، وَإِنْ رَبَّعَ يُزَادُ عَلَيْهَا أَلْفٌ) لِأَنَّ ذٰلِكَ نَظِيرُهُ.

قَالَ: (وَإِنْ قَالَ: لَهُ عَلَيَّ أَوْ قِبَلِي فَقَدْ أَقَرَّ بِالدَّيْنِ) لِأَنَّ «عَلَيَّ» صِيغَةُ إِيجَابٍ، وَ «قِبَلِي» يُنْبِئُ عَنِ الضَّمَانِ عَلَىٰ مَا مَرَّ فِي الكَفَالَةِ. ....

يتبايعون علىٰ دراهم معروفة الوزن بينهم ينقص من وزن سبعة صرف إلىٰ ذلك لأنَّ تعيين وزن سبعة لم يكن بنصٍّ في لفظه، وإنَّما كان ذلك بالعرف الظاهر في معاملات الناس به وذلك يختلف باختلاف البلدان والأوقات ويعتبر في كل موضعٍ عرف أهل ذلك الموضع، ولو قال كذا درهمًا فهو درهمٌ لأنه تفسير للمبهم، وذكر في التتمة وفتاوى القاضي فخر الدين: لو قال كذا دينارًا فعليه ديناران لأنَّ كذا كناية عن العدد وأقلُّ العدد اثنان ولو ثلث كذا بغير واو فأحد عشر لأنه لا نظيرَ له سواه لأنه لم يجمع بين ثلاثة أعداد ذكر بلا عاطف فلا بُدَّ من حمل الواحد على التكرار.

قوله: وَ «قِبَلِي» يُنْبِئُ عَنِ الضَّمَانِ، يقال: قبل فلانٌ عن فلانٍ، أي ضَمِن وسُمِّي الكفيل قبيلاً لأنه ضامنٌ للمال وسمي الصكُّ الذي هو حجَّة الدين قبالةً.

(وَلَوْ قَالَ المُقِرُّ هُوَ وَدِيعَةٌ وَوَصَلَ صُدِّقَ) لِأَنَّ اللَّفْظَ يَحْتَمِلُهُ مَجَازًا حَيْثُ يَكُونُ المَضْمُونُ عَلَيْهِ حِفْظَهُ وَالْمَالُ مَحَلَّهُ فَيُصَدَّقُ مَوْصُولًا لَا مَفْصُولًا. قَالَ - رَحِمَهُ اللهُ -: وَفِي نُسَخِ المُخْتَصَرِ فِي قَوْلِهِ: قِبَلِي إِنَّهُ إِقْرَارٌ بِالْأَمَانَةِ لِأَنَّ اللَّفْظَ يَنْتَظِمُهُمَا حَتَّىٰ صَارَ قَوْلُهُ: لَا حَقَّ لِي قِبَلَ فُلَانٍ إِبْرَاءٌ عَنِ الدَّيْنِ وَالْأَمَانَةِ جَمِيعًا، وَالْأَمَانَةُ أَقَلُّهُمَا وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ. (وَلَوْ قَالَ عِنْدِي أَوْ مَعِي أَوْ فِي بَيْتِي أَوْ فِي كِيسِي أَوْ فِي صُنْدُوقِي فَهُوَ إِقْرَارٌ بِأَمَانَةٍ فِي يَدِهِ) لِأَنَّ كُلَّ ذٰلِكَ إِقْرَارٌ بِكَوْنِ الشَّيْءِ فِي يَدِهِ وَذٰلِكَ يَتَنَوَّعُ إِلَىٰ مَضْمُونٍ وَأَمَانَةٍ فَيَثْبُتُ أَقَلُّهَا وَهُوَ الأَمَانَةُ. (وَلَوْ قَالَ لَهُ رَجُلٌ: لِي عَلَيْكَ أَلْفٌ فَقَالَ اتَّزِنْهَا أَوِ انْتَقِدْهَا أَوْ أَجِّلْنِي بِهَا أَوْ قَدْ قَضَيْتُكَهَا فَهُوَ إِقْرَارٌ) لِأَنَّ الهَاءَ فِي الأَوَّلِ وَالثَّانِي كِنَايَةٌ عَنِ المَذْكُورِ فِي الدَّعْوَىٰ، فَكَأَنَّهُ قَالَ: اتَّزِنِ الأَلْفَ الَّتِي لَك عَلَيَّ، حَتَّىٰ لَوْ لَمْ يَذْكُرْ حَرْفَ الكِنَايَةِ لَا

قوله: وَلَوْ قَالَ المُقِرُّ هُوَ وَدِيعَةٌ وَوَصَلَ، أي في قوله: عليَّ وقبلي، لأنَّ آخر كلامه تفسيرٌ لأوَّله وهو يحتمل لِمَا فسَّره، فإنَّ قوله عليَّ أي حفظها لا عينها لأنَّ المضمون على المودع الحفظ والمال محله فقد ذكر المحلَّ وأراد به ما يحله فاحتمله اللفظ مجازًا فيصحُّ موصولاً لا مفصولاً.

قوله: وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ، لأنَّ استعماله في الديون أغلَب وأكثر فكان الحمل عليه أجدر.

قوله: لِأَنَّ الهَاءَ فِي الأَوَّلِ وَالثَّانِي كِنَايَةٌ عَنِ المَذْكُورِ، الأصل أنه متى ذكر في موضع الجواب كلامًا لا يستقل بنفسه يكون جوابًا، كما لو قال لي عليك ألف، أو قال اقض الألف التي عليك فقال نعم فقد أقرَّ بِها، لأنَّ قوله نعم لا يستقل بنفسه فقد أخرجه مخرج الجواب وهو صالحٌ للجواب فيصير ما تقدَّم من الخطاب كالمعاد فيه فكأنَّه قال: نعم أعطك الألف التي لك عليَّ، ومتىٰ ذكر في موضع الجواب كلامًا يستقلُّ بنفسه يجعل

يَكُونُ إِقْرَارًا لِعَدَمِ انْصِرَافِهِ إِلَى الْمَذْكُورِ، وَالتَّأْجِيلُ إِنَّمَا يَكُونُ فِي حَقٍّ وَاجِبٍ، وَالْقَضَاءُ يَتْلُو الْوُجُوبَ وَدَعْوَى الإِبْرَاءِ كَالْقَضَاءِ لِمَا بَيَّنَّا، وَكَذَا دَعْوَى الصَّدَقَةِ وَالْهِبَةِ لِأَنَّ التَّمْلِيكَ يَقْتَضِي سَابِقَةَ الْوُجُوبِ، وَكَذَا لَوْ قَالَ أَحَلْتُكَ بِهَا عَلَىٰ فُلَانٍ لِأَنَّهُ تَحْوِيلُ الدَّيْنِ.

قَالَ: (وَمَنْ أَقَرَّ بِدَيْنٍ مُؤَجَّلٍ فَصَدَّقَهُ الْمُقَرُّ لَهُ فِي الدَّيْنِ وَكَذَّبَهُ فِي التَّأْجِيلِ لَزِمَهُ الدَّيْنُ حَالًا) لِأَنَّهُ أَقَرَّ عَلَىٰ نَفْسِهِ بِمَالٍ وَادَّعَىٰ حَقًّا لِنَفْسِهِ فِيهِ فَصَارَ كَمَا إِذَا أَقَرَّ بِعَبْدٍ فِي يَدِهِ وَادَّعَى الإِجَارَةَ، بِخِلَافِ الإِقْرَارِ بِالدَّرَاهِمِ السُّودِ لِأَنَّهُ صِفَةٌ فِيهِ وَقَدْ مَرَّتِ الْمَسْأَلَةُ فِي الكَفَالَةِ.

مبتدءًا فيه لا مجيبًا، إلا أن يذكر فيه ما هو كناية عن المال المذكور فحينئذٍ لا بُدَّ من أن يحمل على الجواب، ولا يلزم على هذا المدعو إلى الغداء لو قال: والله لا أتغدى ينصرف إلى الجواب بدون الكناية فإنَّ المعنى الذي يوجب حمله على الجواب في اليمين يوجب حمله على الابتداء ههنا، لأنه إنَّما حمل على الجواب في مسئلة اليمين لأنَّه دخل المدعو في اليمين بيقين أريد به الجواب أو الابتداء فحمل على الجواب كيلا يلزم وجوب الكفارة بأكل غداءٍ آخر بالشكِّ، وهذا المعنى يوجب حمله على الابتداء ههنا كيلا يلزم المال بالشكِّ.

قوله: وَدَعْوَى الإِبْرَاءِ كَالْقَضَاءِ لِمَا بَيَّنَّا، إشارة إلىٰ قوله: والقضاء يتلو الوجوب لأنَّ الإبراء إسقاط وهو إنَّما يكون في دينٍ واجب عليه، وكذلك دعوى الصدقة والهبة بأن قال تصدقت به عليَّ أو وهبته لي، لأنَّ هذا دعوى التمليك منه وهو لا يكون إلَّا بعد وجوب المال في ذمته لأنَّهما يردان على الدين الثابت، وكذا إذا قال أحلتك به علىٰ فلان لأنَّ تحويل الدين من ذمة إلىٰ ذمة لا يكون بدونه.

قَالَ: (وَيَسْتَحْلِفُ المُقَرُّ لَهُ عَلَى الأَجَلِ) لِأَنَّهُ مُنْكِرٌ حَقًّا عَلَيْهِ وَالْيَمِينُ عَلَى المُنْكِرِ. (وَإِنْ قَالَ: لَهُ عَلَيَّ مِائَةٌ وَدِرْهَمٌ لَزِمَهُ كُلُّهَا دَرَاهِمُ. وَلَوْ قَالَ: مِائَةٌ وَثَوْبٌ لَزِمَهُ ثَوْبٌ وَاحِدٌ، وَالْمَرْجِعُ فِي تَفْسِيرِ المِائَةِ إِلَيْهِ) وَهُوَ القِيَاسُ فِي الأَوَّلِ، وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ لِأَنَّ المِائَةَ مُبْهَمَةٌ وَالدِّرْهَمَ مَعْطُوفٌ عَلَيْهَا بِالْوَاوِ العَاطِفَةِ لَا تَفْسِيرًا لَهَا فَبَقِيَتِ المِائَةُ عَلَىٰ إِبْهَامِهَا كَمَا فِي الفَصْلِ الثَّانِي. وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ وَهُوَ الفَرْقُ أَنَّهُمُ اسْتَثْقَلُوا تَكْرَارَ الدِّرْهَمِ فِي كُلِّ عَدَدٍ وَاكْتَفَوْا بِذِكْرِهِ عَقِيبَ العَدَدَيْنِ. وَهٰذَا فِيمَا يَكْثُرُ اسْتِعْمَالُهُ وَذٰلِكَ عِنْدَ كَثْرَةِ الوُجُوبِ بِكَثْرَةِ أَسْبَابِهِ وَذٰلِكَ فِي الدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ وَالْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ، أَمَّا الثِّيَابُ وَمَا لَا يُكَالُ وَلَا يُوزَنُ فَلَا يَكْثُرُ وُجُوبُهَا فَبَقِيَ عَلَى الحَقِيقَةِ. (وَكَذَا إِذَا قَالَ: مِائَةٌ وَثَوْبَانِ) لِمَا بَيَّنَّا (بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ: مِائَةٌ وَثَلَاثَةُ أَثْوَابٍ) لِأَنَّهُ ذَكَرَ عَدَدَيْنِ مُبْهَمَيْنِ وَأَعْقَبَهَا تَفْسِيرًا إِذِ الأَثْوَابُ لَمْ تُذْكَرْ بِحَرْفِ العَطْفِ فَانْصَرَفَ إِلَيْهِمَا لِاسْتِوَائِهِمَا فِي الحَاجَةِ إِلَى التَّفْسِيرِ فَكَانَتْ كُلُّهَا ثِيَابًا.

قَالَ: (وَمَنْ أَقَرَّ بِتَمْرٍ فِي قَوْصَرَّةٍ لَزِمَهُ التَّمْرُ وَالْقَوْصَرَّةُ) وَفَسَّرَهُ فِي

قوله: وَقَدْ مَرَّتِ المَسْأَلَةُ فِي الكَفَالَةِ، أي في باب الضمان منه ببيان الفرق، وكذا إذا قال مائة وثوبان لما بينا أنه لا يكثر وجوبُها فبقي على الحقيقة، بخلاف ما إذا قال مائة وثلاثة أثواب لأنه ذكر عددين مبهمين وأعْقبهما تفسيرًا فانصرف إليهما، لا يقال: الأثواب لا تصلح مميزًا للمائة، لأنَّها لمَّا اقترنت بالثلاثة صار كعدد واحدٍ.

الأَصْلِ بِقَوْلِهِ: غَصَبْتُ تَمْرًا فِي قَوْصَرَّةٍ. وَوَجْهُهُ أَنَّ القَوْصَرَّةَ وِعَاءٌ لَهُ وَظَرْفٌ لَهُ، وَغَصْبُ الشَّيْءِ وَهُوَ مَظْرُوفٌ لَا يَتَحَقَّقُ بِدُونِ الظَّرْفِ فَيَلْزَمَانِهِ وَكَذَا الطَّعَامُ فِي السَّفِينَةِ وَالْحِنْطَةُ فِي الجَوَالِقِ، بِخِلَافِ مَا إذَا قَالَ: غَصَبْتُ تَمْرًا مِنْ قَوْصَرَّةٍ لِأَنَّ كَلِمَةَ مِنْ لِلانْتِزَاعِ فَيَكُونُ الإِقْرَارُ بِغَصْبِ المَنْزُوعِ. قَالَ: (وَمَنْ أَقَرَّ بِدَابَّةٍ فِي إِصْطَبْلٍ لَزِمَهُ الدَّابَّةُ خَاصَّةً)

قوله: وَالْقَوْصَرَّةُ، القوصرة بالتخفيف والتشديد وعاء التمر تتَّخذ من قصبٍ، قولهم إنَّما تسمَّىٰ بذلك ما دام فيها التمر وإلا فهي زنبيلٌ مبنيٌّ علىٰ عرفهم، كذا في المغرب، والأصل في جنس هذه المسائل إن كان الثاني ظرفًا للأول ووعاءً له لزماه، نحو ثوب في منديلٍ، وطعام في سفينةٍ، وحنطة في جوالقٍ، وإن كان الثاني ممَّا لا يكون ظرفًا للأول نحو قوله: غصبتك درهمًا في درهمٍ، لم يلزمه الثاني لأنه غير صالح أن يكون ظرفًا لِمَا أقرَّ بغصبه أولاً فلغا آخر كلامه، وإن كان الثاني ممَّا يحتمل أن يكون ظرفًا وأن لا يكون ظرفًا يحمل على الظرف عند محمد رحمه الله تعالىٰ، لأنه حقيقةٌ للظرف، ومتىٰ أمكن حمله على الحقيقة يحمل عليها، كما في قوله: غصبتُ ثوبًا في عشرة أثوابٍ، فإنه يلزمه عند محمد رحمه الله تعالىٰ أحد عشر ثوبًا، لأنَّ العشرة قد تكون وعاءً للثوب الواحد لأنه قد يُصان الثوب النفيس في عشرة أثوابٍ فصار كقوله: حنطةٌ في جوالقٍ، وعند أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ وهو قول أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ لم يلزمه إلَّا ثوبٌ واحدٌ، لأنَّ الثوبَ الواحدَ لا يُصان في عشرة أثوابٍ عادةً فصار بيانًا لأنَّ محلَّ المغصوب عشرة أثوابٍ، هذا في كلمة «في»، وأمَّا الحكم في كلمة «من» فما ذكره في الكتاب، وهو أن يكون إقرارًا بالغصب في الأول خاصَّةً لأنَّ كلمة «من» لابتداء الغاية فيكون إقرارًا بأنَّ مبدأ الغصب من القوصرة وإنَّما يُفهم منه الانتزاع، وأمَّا الحكم في كلمة «علىٰ» نحو أن يقول: غصبتُ إكافًا علىٰ حماره، فكان إقرارًا لغصب الإكاف خاصَّةً والحمار مذكورٌ لبيان محلِّ المغصوب حين

لِأَنَّ الإِصْطَبْلَ غَيْرُ مَضْمُونٍ بِالْغَصْبِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ وَعَلَىٰ قِيَاسِ قَوْلِ مُحَمَّدٍ يَضْمَنُهُمَا وَمِثْلُهُ الطَّعَامُ فِي الْبَيْتِ.

قَالَ: (وَمَنْ أَقَرَّ لِغَيْرِهِ بِخَاتَمٍ لَزِمَهُ الحَلَقَةُ وَالْفَصُّ) لِأَنَّ اسْمَ الخَاتَمِ يَشْمَلُ الكُلَّ. (وَمَنْ أَقَرَّ لَهُ بِسَيْفٍ فَلَهُ النَّصْلُ وَالْجَفْنُ وَالْحَمَائِلُ) لِأَنَّ الِاسْمَ يَنْطَوِي عَلَى الكُلِّ. (وَمَنْ أَقَرَّ بِحَجَلَةٍ فَلَهُ العِيدَانُ وَالْكِسْوَةُ) لِانْطِلَاقِ الِاسْمِ عَلَى الكُلِّ عُرْفًا. (وَإِنْ قَالَ غَصَبْتُ ثَوْبًا فِي مِنْدِيلٍ لَزِمَاهُ جَمِيعًا) لِأَنَّهُ ظَرْفٌ لِأَنَّ الثَّوْبَ يُلَفُّ فِيهِ. (وَكَذَا لَوْ قَالَ عَلَيَّ ثَوْبٌ فِي ثَوْبٍ) لِأَنَّهُ ظَرْفٌ. بِخِلَافِ قَوْلِهِ: دِرْهَمٌ فِي دِرْهَمٍ حَيْثُ يَلْزَمُهُ وَاحِدٌ لِأَنَّهُ ضَرْبٌ لَا ظَرْفٌ (وَإِنْ قَالَ: ثَوْبٌ فِي عَشَرَةِ أَثْوَابٍ لَمْ يَلْزَمْهُ إِلَّا ثَوْبٌ وَاحِدٌ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَزِمَهُ أَحَدَ عَشَرَ ثَوْبًا) لِأَنَّ النَّفِيسَ مِنَ الثِّيَابِ قَدْ يُلَفُّ فِي عَشَرَةِ أَثْوَابٍ فَأَمْكَنَ حَمْلُهُ عَلَى الظَّرْفِ. وَلِأَبِي يُوسُفَ أَنَّ حَرْفَ «فِي» يُسْتَعْمَلُ فِي البَيْنِ وَالْوَسَطِ أَيْضًا، قَالَ اللهُ تَعَالَىٰ ﴿فَادْخُلِي فِي عِبَادِي﴾ [الفجر: ٢٩] أَيْ بَيْنَ عِبَادِي، فَوَقَعَ

أخذه، وغصبُ الشيء من محلٍّ لا يكون مقتضيًا غصب المحلّ.

قوله: فَلَهُ النَّصْلُ وَالْجَفْنُ وَالْحَمَائِلُ، النصل حديدة السيف، والجفن الغمد، والحمائل جمع الحمالة بكسر الحاء وهي علاقة السيف، والحجلة بيتٌ يزين بالثياب، والأسرد جمع سرير.

قوله: أَنَّ حَرْفَ «فِي» يُسْتَعْمَلُ فِي البَيْنِ وَالْوَسَطِ، فإن قيل: لم يأت استعماله في

الشَّكُّ وَالْأَصْلُ بَرَاءَةُ الذِّمَمِ، عَلَىٰ أَنَّ كُلَّ ثَوْبٍ مُوعًى وَلَيْس بِوِعَاءٍ فَتَعَذَّرَ حَمْلُهُ عَلَى الظَّرْفِ فَتَعَيَّنَ الأَوَّلُ مَحْمَلًا. (وَلَوْ قَالَ: لِفُلَانٍ عَلَيَّ خَمْسَةٌ فِي خَمْسَةٍ يُرِيدُ الضَّرْبَ وَالْحِسَابَ لَزِمَهُ خَمْسَةٌ) لِأَنَّ الضَّرْبَ لَا يُكْثِرُ المَالَ. وَقَالَ الحَسَنُ: يَلْزَمُهُ خَمْسَةٌ وَعِشْرُونَ وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ فِي

الآية للبين والوسط بل لـ «مع» أي مع عبادي، قلنا: لمَّا تردَّد بين المحلين وباعتبار حمله على البين والوسط لم يجب الزائد على الواحد فلا يجب الزائد بالشكِّ، علىٰ أنَّ حرف «في» قد يكون بمعنى علىٰ أيضًا، كما في قوله تعالى: ﴿وَلَأُصَلِّبَنَّكُمْ فِي جُذُوعِ ٱلنَّخْلِ﴾ [طه: ٧١] أي علىٰ جذوع النخل، وحمله علىٰ هذا المعنى لا يوجب أيضًا، والذمَّة في الأصل برية فلا يجوز شغلها بالشكِّ.

قوله: عَلَىٰ أَنَّ كُلَّ ثَوْبٍ مُوعًى وَلَيْس بِوِعَاءٍ، يعني أنَّ العشرة لا تكون وعاءً معنى لأنَّ الوعاء غير الموعي والثوب إذا لُفَّ في ثيابٍ، وكل ثوب يكون موعي في حقِّ ما وراءه فلا يكون وعاءً إلا الثوب الذي هو ظاهرٌ، فإذا كان لا يتحقَّق كون العشرة وعاءً للثوب الواحد كان آخر كلامه لغوًا، وأمَّا قوله: لأنَّ النفيس من الثياب قد يلفُّ في عشرة أثوابٍ، فهو منقوضٌ علىٰ أصله فإنه لو قال: غصبت كرباسًا في عشرة أثواب حرير عند محمد رحمه الله تعالىٰ يلزمه الكلُّ في هذه الصورة أيضًا، مع أنَّ عشر حرير لا يجعل وعاءً للكرباس عادةً، ولو قال: له عليَّ من درهمٍ إلىٰ عشرةٍ، أو قال: ما بين درهمٍ إلىٰ عشرةٍ، لزمه تسعة، المسئلة مع اختلافاتِها ودلائلها مرَّت في الطلاق، ولو قال: له عليَّ ما بين كرِّ شعيرٍ إلىٰ كرِّ حنطةٍ فعليه في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ كرُّ شعيرٍ وكرُّ حنطةٍ إلا قفيز حنطةٍ، لأنَّ القفيز الآخر من الحنطة هو الغاية الثانية، وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالىٰ يلزمه الكرَّان، ولو قال: له عليَّ ما بين عشرة دراهم إلىٰ عشرة دنانير فعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى تلزمه الدراهم وتسعة دنانير، وعندهما تلزمه عشرة دراهم وعشرة

الطَّلَاقِ (وَلَوْ قَالَ أَرَدْتُ خَمْسَةً مَعَ خَمْسَةٍ لَزِمَهُ عَشَرَةٌ) لِأَنَّ اللَّفْظَ يَحْتَمِلُهُ. (وَلَوْ قَالَ لَهُ عَلَيَّ مِنْ دِرْهَمٍ إِلَىٰ عَشَرَةٍ أَوْ قَالَ مَا بَيْنَ دِرْهَمٍ إِلَىٰ عَشَرَةٍ لَزِمَهُ تِسْعَةٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - فَيَلْزَمُهُ الِابْتِدَاءُ وَمَا بَعْدَهُ وَتَسْقُطُ الغَايَةُ، وَقَالَا: يَلْزَمُهُ العَشَرَةُ كُلُّهَا) فَتَدْخُلُ الغَايَتَانِ. وَقَالَ زُفَرُ: يَلْزَمُهُ ثَمَانِيَةٌ وَلَا تَدْخُلُ الغَايَتَانِ. (وَلَوْ قَالَ لَهُ مِنْ دَارِي مَا بَيْنَ هٰذَا الحَائِطِ إِلَىٰ هٰذَا الحَائِطِ فَلَهُ مَا بَيْنَهُمَا وَلَيْسَ لَهُ مِنَ الحَائِطَيْنِ شَيْءٌ) وَقَدْ مَرَّتِ الدَّلَائِلُ فِي الطَّلَاقِ.

دنانير، وقوله: من كذا إلىٰ كذا، بمنزلة قوله ما بين كذا في جميع ما ذكرنا، والله أعلم.

* * *

فَصْلٌ: ومَنْ قال لحملِ فلانةَ عليَّ ألفُ درهمٍ

قَالَ: (وَمَنْ قَالَ: لِحَمْلِ فُلَانَةَ عَلَيَّ أَلْفُ دِرْهَمٍ، فَإِنْ قَالَ أَوْصَىٰ لَهُ فُلَانٌ أَوْ مَاتَ أَبُوهُ فَوَرِثَهُ فَالْإِقْرَارُ صَحِيحٌ) لِأَنَّهُ أَقَرَّ بِسَبَبٍ صَالِحٍ لِثُبُوتِ المِلْكِ لَهُ (ثُمَّ إِذَا جَاءَتْ بِهِ فِي مُدَّةٍ يُعْلَمُ أَنَّهُ كَانَ قَائِمًا وَقْتَ الإِقْرَارِ لَزِمَهُ، فَإِنْ جَاءَتْ بِهِ مَيِّتًا فَالْمَالُ لِلْمُوصِي وَالْمُوَرِّثِ حَتَّىٰ يُقْسَمُ بَيْنَ وَرَثَتِهِ) لِأَنَّهُ إِقْرَارٌ فِي الحَقِيقَةِ لَهُمَا، وَإِنَّمَا يَنْتَقِلُ إِلَى الجَنِينِ بَعْدَ الوِلَادَةِ وَلَمْ يَنْتَقِلْ (وَلَوْ جَاءَتْ بِوَلَدَيْنِ حَيَّيْنِ فَالْمَالُ بَيْنَهُمَا، وَلَوْ قَالَ المُقِرُّ بَاعَنِي

فصل: ومن قال لحمل فلانة عليّ درهم

قوله: وَمَنْ قَالَ: لِحَمْلِ فُلَانَةَ عَلَيَّ أَلْفُ دِرْهَمٍ، إلىٰ آخرها، صورة المسئلة أن يقول: لِمَا في بطن فلانةَ عليَّ ألف درهم ورثها من أبيه فاستهلكتها، أو كان ذلك دينًا لأبيه مات وانتقل إليه، أو وصية له من غيره فاستهلكتها، أو كان دينًا عليَّ فأوصىٰ له بذلك، ولو جاءت بولدين حيَّين فالمال بينهما، ففي الوصية يقسم بينهما نصفين، وفي الميراث يكون بينهما للذكر مثل حظِّ الأنثيين.

قوله: ثُمَّ إِذَا جَاءَتْ بِهِ فِي مُدَّةٍ يُعْلَمُ أَنَّهُ كَانَ قَائِمًا وَقْتَ الإِقْرَارِ لَزِمَهُ، بأن رضعته لأقلَّ من ستة أشهرٍ مذ مات المورث والموصيُّ، وإن وضعته لأكثر من ستَّة أشهر لم يستحقَّ شيئًا إلا أن تكون المرأة معتدَّةً فحينئذٍ إذا ولدت لأقلَّ من سنتين حتى حكم بثبوت النسب كان ذلك حكمًا بوجوده في البطن حين مات المورث والموصي.

قوله: فَإِنْ جَاءَتْ بِهِ مَيِّتًا فَالْمَالُ لِلْمُوصِي وَالْمُوَرِّثِ حَتَّىٰ يُقْسَمُ بَيْنَ وَرَثَتِهِ، لِأَنَّهُ إِقْرَارٌ فِي الحَقِيقَةِ لَهُمَا، إذ التَّركة مبقاةٌ علىٰ ملك الميت ما لم تصرف إلىٰ وارثه أو إلىٰ من

أَوْ أَقْرَضَنِي لَمْ يَلْزَمْهُ شَيْءٌ) لِأَنَّهُ بَيَّنَ مُسْتَحِيلًا.

قَالَ: (وَإِنْ أُبْهِمَ الإِقْرَارُ لَمْ يَصِحَّ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يَصِحُّ) لِأَنَّ الإِقْرَارَ مِنَ الحُجَجِ فَيَجِبُ إِعْمَالُهُ وَقَدْ أَمْكَنَ بِالْحَمْلِ عَلَى السَّبَبِ الصَّالِحِ. وَلِأَبِي يُوسُفَ أَنَّ الإِقْرَارَ مُطْلَقَهُ يَنْصَرِفُ إِلَى الإِقْرَارِ بِسَبَبِ التِّجَارَةِ، وَلِهٰذَا حُمِلَ إِقْرَارُ العَبْدِ المَأْذُونِ لَهُ وَأَحَدِ المُتَفَاوِضِينَ عَلَيْهِ

أوصىٰ له به، وَلَوْ جَاءَتْ بِوَلَدَيْنِ حَيَّيْنِ فَالْمَالُ بَيْنَهُمَا، فإن كان أحدهما ذكرًا والآخر أنثىٰ ففي الوصية يقسم بينهما نصفين، وفي الميراث يقسم بينهما للذكر مثل حظِّ الأنثيين، وإن قال: باع مني شيئًا بألف درهم، أو أقرضني ألف درهم لم يلزمه شيءٌ لأنه بين مستحيلاً، فإن قيل: هذا يكون رجوعًا وإنه لا يصحُّ وإن كان موصولاً؟ قلنا : لا كذلك بل هو بيان سببٍ محتملٍ فقد يشتبه على الجاهل فيظنُّ أنَّ الجنين ثبتَ عليه الولاية كالمنفصل فيعامله ثمَّ يقرُّ بذلك المال للجنين بناءً علىٰ ظنِّه ويبيِّن سببه ثمَّ يعلم أنَّ ذلك السبب كان باطلاً وكان كلامه هذا بيانًا لا رجوعًا فلهذا كان مقبولاً منه.

قوله: وَإِنْ أُبْهِمَ الإِقْرَارُ، بأن قال لحمل فلانة عليَّ ألفٌ لم يصحَّ عند أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ، وقال محمد رحمه الله تعالىٰ يصحُّ لأنَّ الإقرار من الحجج فيجب إعماله وقد أمْكن بالحمل على السبب الصالح فيحمل عليه تصحيحًا لكلام العاقل، ولأبي يوسف رحمه الله تعالىٰ أنَّ الإقرار مطلقًا ينصرف إلى الإقرار بسبب التجارة، كما حمل إقرار العبد المأذن وأحد المفاوضين على الإقرار بسبب التجارة، ولم يحمل على الإقرار بغير التجارة كدين المهر وأرش الجناية حتى يُؤاخذ العبد به في حال رقِّه ويؤاخذ الشريك الآخر، وفي الإقرار بدين المهر وأرش الجناية لا يؤاخذ العبد المأذون في حال رقِّه ولا الشريك الآخر أبدًا، ولأبي يوسف رحمه الله تعالىٰ طريقٌ آخر وهو أنَّ هذا إقرار صدر

فَيَصِيرُ كَمَا إِذَا صَرَّحَ بِهِ.

قَالَ: (وَمَنْ أَقَرَّ بِحَمْلِ جَارِيَةٍ أَوْ حَمْلِ شَاةٍ لِرَجُلٍ صَحَّ إِقْرَارُهُ وَلَزِمَهُ) لِأَنَّ لَهُ وَجْهًا صَحِيحًا وَهُوَ الوَصِيَّةُ بِهِ مِنْ جِهَةِ غَيْرِهِ فَحُمِلَ عَلَيْهِ.

قَالَ: (وَمَنْ أَقَرَّ بِشَرْطِ الخِيَارِ بَطَلَ الشَّرْطُ) لِأَنَّ الخِيَارَ لِلْفَسْخِ وَالْإِخْبَارُ لَا يَحْتَمِلُهُ (وَلَزِمَهُ المَالُ) لِوُجُودِ الصِّيغَةِ المُلْزِمَةِ وَلَمْ تَنْعَدِمْ بِهٰذَا الشَّرْطِ

من أهله لأهله وقد احتمل الجواز والفساد كما قاله محمد رحمه الله تعالىٰ، إلا أنَّ حمله على الجواز متعذِّرٌ لأنَّ الجواز له وجهان: الوصية والميراث والجمع بينهما متعذِّر وليسَ أحدهما بأن يعتبر شيئًا أَوْلىٰ من الآخر فيتعذَّر الحمل على الجواز فيحكم بالفساد، كما لو اشترىٰ عبدًا بألفٍ ثمَّ باعه من البائع مع عبدٍ آخر بألفٍ وخمس مائة وقيمتهما سواءٌ فإنَّ البيع يفسد في الذي اشتَراه من البائع وإن احتمل الجواز لأنه للجواز جهتين: أن يصرف إليه مثل الثمن الأول أو أكثر والجمع متعذِّر ولا رجحانَ لأحدهما على الآخر فحكمنا بالفساد ضرورة، بخلاف ما لو أقرَّ بحمل لأنَّ طريق التصحيح متعيِّن بالوصية ولا يزاحمه الإرث لأنَّ الوارث إذا كان له نصيبٌ في الحمل كان له نصيبٌ أيضًا في الأمِّ لشيوع حقِّه في جميع التَّركة، أمَّا الوصية بحمل جاريةٍ أو بحمل شاةٍ لا تكون وصيةً بالأمِّ فتعيَّنت الوصية جهةً للتصحيح فيجوز، وهذا هو الفرق لأبي يوسف رحمه الله تعالىٰ في صحة إقراره مطلقًا بحمل جارية لإنسان وعدم صحة إقراره مطلقًا للحمل.

قوله: وَمَنْ أَقَرَّ بِشَرْطِ الخِيَارِ بَطَلَ الشَّرْطُ، صورته ما إذا أقرَّ لرجلٍ بدينٍ، أو قرضٍ، أو غصبٍ، أو وديعةٍ، أو عاريةٍ قائمةٍ أو مستهلكة علىٰ أنه فيه بالخيار ثلاثة أيام، فالإقرار جائزٌ والخيار باطلٌ، أمَّا جواز الإقرار فلوجود الصيغة الملزمة بقوله عليَّ أو عندي لفلانٍ، وأمَّا الخيار فباطلٌ لأنَّ الإقرار إخبار فلا يليق به الخيار لأنَّ الخبر إن كان صادقًا فهو

البَاطِلِ، وَاللهُ تَعَالَىٰ أَعْلَمُ.

صدق، اختاره أو لم يختَره، وإن كان كاذبًا لم يتغيَّر باختياره وعدم اختياره، وإنَّما باشر اشتِراط الخيار في المعقود لتغيَّر به صفة العقد ويخيَّر به من له الخيار بين فسخه وإمضائه، ولأنَّ الخيار في معنى التعليق بالشرط فما دخل عليه وهو حكم العقد والإقرار لا يحتمل التعليق بالشرط، فكذلك لا يحتمل اشتراط الخيار، إلَّا أنَّ التعليق يدخل علىٰ أصل السبب فيمتنع كون الكلام إقرارًا، والخيار يدخل علىٰ حكم أصل السبب، فإذا بقي بقي حكم الإقرار وهو اللُّزوم.

* * *

بَابُ الِاسْتِثْنَاءِ وَمَا فِي مَعْنَاهُ

قَالَ: (وَمَنِ اسْتَثْنَىٰ مُتَّصِلًا بِإِقْرَارِهِ صَحَّ الِاسْتِثْنَاءُ وَلَزِمَهُ البَاقِي) لِأَنَّ الِاسْتِثْنَاءَ مَعَ الجُمْلَةِ عِبَارَةٌ عَنِ البَاقِي وَلٰكِنْ لَا بُدَّ مِنَ الِاتِّصَالِ، (وَسَوَاءُ اسْتَثْنَى الأَقَلَّ أَوِ الأَكْثَرَ، فَإِنِ اسْتَثْنَى الجَمِيعَ لَزِمَهُ الإِقْرَارُ وَبَطَلَ الِاسْتِثْنَاءُ) لِأَنَّهُ تَكَلَّمَ بِالْحَاصِلِ بَعْدَ الثُّنْيَا وَلَا حَاصِلَ بَعْدَهُ فَيَكُونُ

باب الاستثناء

قوله: وَمَا فِي مَعْنَاهُ، أراد به ما كان بيانًا مغيِّرًا كالشرط وغيره لأنه في معنى الاستثناء.

قوله: لِأَنَّ الِاسْتِثْنَاءَ مَعَ الجُمْلَةِ - أي مع صدر الكلام - عِبَارَةٌ عَنِ البَاقِي، قال الله تعالى: ﴿فَلَبِثَ فِيهِمْ أَلْفَ سَنَةٍ إِلَّا خَمْسِينَ عَامًا﴾ [العنكبوت: ١٤].

قوله: وَلٰكِنْ لَا بُدَّ مِنَ الِاتِّصَالِ، لأنه بيانٌ مغيِّرٌ فيصحُّ موصولاً لا مفصولاً، علىٰ هذا أجمع العلماء إلا ابن عباس، فعنده يعمل الاستثناء وإن كان مفصولاً، استدلَّ بقوله عليه الصلاة والسلام: «لأغزونَّ قريشًا» ثم قال بعد سنةٍ: «إن شاء الله تعالىٰ»، قلنا: لم يكن ذلك علىٰ وجه الاستثناء، وإنَّما كان على وجه الامتثال لِمَا أُمِر به في قوله تعالى: ﴿وَاذْكُر رَّبَّكَ إِذَا نَسِيتَ﴾ [الكهف: ٢٤] وسواء استثنى الأقلَّ أو الأكثرَ، وقال الفراء: إذا كان المستثنى أكثر من الباقي لا يجوز الاستثناء، وهو قول مالكٍ ورواية عن أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ.

قوله: فَإِنِ اسْتَثْنَى الجَمِيعَ لَزِمَهُ الإِقْرَارُ، هذا إذا استثنى بعين اللفظ الذي تكلَّم به في صدر الكلام بأن قال: نسائي طوالقٌ إلَّا نسائي، فإنه لا يصحُّ الاستثناء، أمَّا إذا قال: نسائي طوالقٌ إلَّا هؤلاء، أو قال: إلا فلانة وفلانة وفلانة، فاستثنى الكلَّ بأساميهنَّ يصحُّ

رُجُوعًا، وَقَدْ مَرَّ الوَجْهُ فِي الطَّلَاقِ. (وَلَوْ قَالَ: لَهُ عَلَيَّ مِائَةُ دِرْهَمٍ إِلَّا دِينَارًا أَوْ إِلَّا قَفِيزَ حِنْطَةٍ لَزِمَهُ مِائَةُ دِرْهَمٍ إِلَّا قِيمَةَ الدِّينَارِ أَوِ القَفِيزِ) وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ (وَلَوْ قَالَ: لَهُ عَلَيَّ مِائَةُ دِرْهَمٍ إِلَّا ثَوْبًا لَمْ يَصِحَّ الِاسْتِثْنَاءُ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَا يَصِحُّ فِيهِمَا) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَصِحُّ فِيهِمَا. وَلِمُحَمَّدٍ أَنَّ الِاسْتِثْنَاءَ مَا لَوْلَاهُ لَدَخَلَ تَحْتَ اللَّفْظِ، وَهٰذَا لَا يَتَحَقَّقُ فِي خِلَافِ الجِنْسِ. وَلِلشَّافِعِيِّ أَنَّهُمَا اتَّحَدَا جِنْسًا مِنْ حَيْثُ المَالِيَّةُ. وَلَهُمَا أَنَّ المُجَانَسَةَ فِي الأَوَّلِ ثَابِتَةٌ مِنْ حَيْثُ الثَّمَنِيَّةِ، وَهٰذَا فِي الدِّينَارِ ظَاهِرٌ. وَالْمَكِيلُ وَالْمَوْزُونُ أَوْصَافُهَا أَثْمَانٌ؛ أَمَّا الثَّوْبُ فَلَيْسَ

الاستثناء ولا يقع الطلاق عليهنَّ، وكذا لو قال: عبيدي أحرارٌ إلَّا عبيدي، لا يصحُّ، ولو قال: إلَّا هؤلاء أو فلانًا وفلانًا وفلانًا، ذكر جميع عبيده بأساميهم يصحُّ، وهذا الفقه وهو أنَّ الاستثناء تصرُّف لفظيٌّ فيبتني علىٰ صحة اللفظ لا على صحة الحكم، ألا ترىٰ أنه إذا قال لامرأته: أنتِ طالقٌ ستَّ تطليقاتٍ إلا أربعًا، يصحُّ الاستثناء حتى يقع تطليقتان وإن كان الستُّ لا صحَّة لها من حيث الحكم لأنَّ الطلاق لا مزيدَ له على الثلاث ومع هذا لا يجعل كأنه قال أنتِ طالقٌ ثلاثًا إلا أربعًا لِمَا ذكرنا أنَّ صحة الاستثناء تتبع صحَّة اللفظ دون الحكم، وتحقيقه هو أنَّ الاستثناء متىٰ وقع بغير اللفظ الأوَّل فهو يصلح لإخراج بعض ما تناوله صدر الكلام أو للتكلم بالحاصل بعد الثنيا لأنه إنَّما صار كلا ضرورة عدم ملكه فيما سواه لأمرٍ يرجع إلىٰ ذات اللفظ ويتصوَّر أن يدخل في ملكه غير هذه الجواري أو العبيد، وإذا كان كذلك صحَّ الاستثناء، بخلاف ما إذا وقع بعين ذلك اللفظ لأنه لا يصلحُ لإخراج بعض ما تناوله ولا للتكلم بالحاصل بعد الثنيا فلم يصحَّ.

بِثَمَنٍ أَصْلًا، وَلِهٰذَا لَا يَجِبُ بِمُطْلَقِ عَقْدِ المُعَاوَضَةِ وَمَا يَكُونُ ثَمَنًا صَلَحَ مُقَدَّرًا بِالدَّرَاهِمِ فَصَارَ بِقَدْرِهِ مُسْتَثْنًى مِنَ الدَّرَاهِمِ، وَمَا لَا يَكُونُ ثَمَنًا لَا يَصْلُحُ مُقَدِّرًا فَبَقِيَ المُسْتَثْنَىٰ مِنَ الدَّرَاهِمِ مَجْهُولًا فَلَا يَصِحُّ.

قَالَ: (وَمَنْ أَقَرَّ بِحَقٍّ وَقَالَ إِنْ شَاءَ اللهُ مُتَّصِلًا) بِإِقْرَارِهِ (لَمْ يَلْزَمْهُ الإِقْرَارُ) لِأَنَّ الِاسْتِثْنَاءَ بِمَشِيئَةِ اللهِ إِمَّا إِبْطَالٌ أَوْ تَعْلِيقٌ؛ فَإِنْ كَانَ الأَوَّلَ فَقَدْ بَطَلَ،

قوله: وَالْمَكِيلُ وَالْمَوْزُونُ أَوْصَافُهَا أَثْمَانٌ، أي إنَّهما أثْمَان بأوْصَافهما حتَّىٰ لو عينا تعلق العقد بعينهما، ولو وصفا ولم يعينا صار حكمهما كحكم الدينار، ولهذا يستوي الجيِّد والرديء فيهما فكانت في حكم الثبوت في الذمة كجنسٍ واحدٍ معنًى، والاستثناء استخراج وتكلُّم بالباقي معنًى لا صورةً، لأنَّه تكلَّم بالألف صورةً، والعدديات التي لا تتفاوت كالمقدَّرات في ذلك، أمَّا الثوب والشاة فليس من جنس المقدَّرات معنًى لأنه لا يصلح ثمنًا فلم يكن استثناؤه استخراجًا صورةً ولا معنًى فكان باطلاً، فإن قلتَ: إن فاتت المماثلة من حيث الثمنية فقد بقيت من حيث المالية فلِمَ لا يصحُّ الاستخراج باعتبارها؟ قلتُ: الأثمان مقدَّرة لمالية الأشياء لأنَّها مقدَّرة فيصلح أن تكون مقدَّرة للدراهم المستثناة فكأنه ذكر المقدَّر وترك المقدر لدلالة المقدر على المقدر فكان استثناء الدراهم من الدَّراهم معنًى، وما لا يصلح ثمنًا لا يكون من المقدَّرات فلا يصلح مقدَّرًا للدراهم المستثناة لافتقار المقدَّر إلىٰ أن يكون مقدَّرًا فيبقى المستثنى من الدراهم مجهولاً فلا يصحُّ الاستثناء، لأنه استخراجٌ معنًى ولم يصحَّ الاستخراج معنًى فيبطلُ.

قوله: وَلِهٰذَا لَا يَجِبُ بِمُطْلَقِ عَقْدِ المُعَاوَضَةِ، احتِراز عن السلم.

قوله: فَصَارَ بِقَدْرِهِ مُسْتَثْنًى مِنَ الدَّرَاهِمِ، فصار كأنَّه ذكر المستثنىٰ والمستثنىٰ منه بلفظ الدراهم، وفي الذخيرة: إن كان للمستثنىٰ مثل من جنسه كالكيليِّ والوزنِيِّ

وَإِنْ كَانَ الثَّانِيَ فَكَذٰلِكَ، إِمَّا لِأَنَّ الإِقْرَارَ لَا يَحْتَمِلُ التَّعْلِيقَ بِالشَّرْطِ، أَوْ لِأَنَّهُ شَرْطٌ لَا يُوقَفُ عَلَيْهِ كَمَا ذَكَرْنَا فِي الطَّلَاقِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ لِفُلَانٍ عَلَيَّ مِائَةُ دِرْهَمٍ إِذَا مِتُّ أَوْ إِذَا جَاءَ رَأْسُ الشَّهْرِ أَوْ إِذَا أَفْطَرَ النَّاسُ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَىٰ بَيَانِ المُدَّةِ فَيَكُونُ تَأْجِيلًا لَا تَعْلِيقًا، حَتَّىٰ لَوْ كَذَّبَهُ المُقَرُّ لَهُ فِي الأَجَلِ يَكُونُ المَالُ حَالًّا.

والعدديِّ المتقارب نحو أن يقال: لفلان عليَّ دينارٌ إلَّا درهمًا، أو إلَّا قفيز حنطةٍ، أو إلَّا مائة جوزةٍ، صحَّ الاستثناء ويطرح قدرَ قيمة المستثنىٰ عن المقرِّ به، وإن كانت قيمة المستثنىٰ تأتِي علىٰ جميع ما أقرَّ به لا يلزمه شيءٌ، وإن لم يكن للمستثنىٰ مثلٌ من جنسه نحو أن يقول: لفلان عليَّ دينارٌ إلا ثوبًا، أو قال إلَّا شاةً، لا يصحُّ الاستثناء إجماعًا عندنا، خلافًا للشافعي رحمه الله تعالىٰ.

قوله: لِأَنَّ الِاسْتِثْنَاءَ بِمَشِيئَةِ اللهِ تَعَالَىٰ إِمَّا إِبْطَالٌ أَوْ تَعْلِيقٌ، وفي الجامع لقاضي خان رحمه الله تعالىٰ: قال أبو يوسف رحمه الله: التعليق بمشيئة الله تعالىٰ إبطال، وقال محمد رحمة الله عليه: تعليقٌ بشرط لا يوقفُ عليه، وثمرة الخلاف تظهر فيما إذا قدَّم المشيئة فقال: إن شاء الله أنتِ طالقٌ، عند أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ لا يقع لأنه إبطال، وقال محمد رحمه الله تعالىٰ: يقع لأنه تعليقٌ، فإذا قدم الشرط ولم يذكر الجزاء لم يتعلق وبقي الطلاق من غير شرطٍ.

قوله: لِأَنَّ الإِقْرَارَ لَا يَحْتَمِلُ التَّعْلِيقَ بِالشَّرْطِ، لأنَّ الإقرار إخبار والإخبار لا يحتمل التعليقَ بالشرط، لأنه إن كان صدقًا لا يصير كذبًا لفوات الشرط، وإن كان كذبًا لا يصير صدقًا لوجود الشرط، وإنَّما يليقُ بالإيجاب لأنه تبيَّن به أنه ليسَ بإيقاع ما لم يوجد الشرط.

قوله: لِأَنَّهُ فِي مَعْنَىٰ بَيَانِ المُدَّةِ، أي من حيث العرف، لأنَّ هذه الأشياء تذكر في

قَالَ: (وَمَنْ أَقَرَّ بِدَارٍ وَاسْتَثْنَىٰ بِنَاءَهَا لِنَفْسِهِ فَلِلْمُقَرِّ لَهُ الدَّارُ وَالْبِنَاءُ) لِأَنَّ البِنَاءَ دَاخِلٌ فِي هٰذَا الإِقْرَارِ مَعْنًى لَا لَفْظًا، وَالِاسْتِثْنَاءُ تَصَرُّفٌ فِي المَلْفُوظِ، وَالْفَصُّ فِي الخَاتَمِ وَالنَّخْلَةُ فِي البُسْتَانِ نَظِيرُ البِنَاءِ فِي الدَّارِ

العادة لبيان محلِّ الأجل فاعتبر إقرار بدين مؤجل.

قوله: لِأَنَّ البِنَاءَ دَاخِلٌ فِي هٰذَا الإِقْرَارِ مَعْنًى لَا لَفْظًا، أي البناء داخلٌ في لفظ الإقرار بالدَّار تبعًا لا مقصودًا باللفظ، والدليلُ علىٰ هذا فصل البيع فإنَّ البناء في بيع الدار يدخل تحت البيع تبعًا، حتى لو استحق البناء قبل القبض لا يسقطُ شيء من الثمن بمقابلته، بل يتخيَّر المشتري، بخلاف ما إذا قال إلَّا ثُلثها أو بيتًا منها حيث يصحُّ الاستثناء ويكون للمقرِّ له ما عدا ثُلث الدَّار وما عدا البيت، لأنَّ البيتَ في لفظ الدار داخلٌ مقصودًا، حتى لو استحقَّ البيتَ في بيع الدار تسقط حصته من الثمن، ولو قال بناء هذه الدار لي والعرصة لفلان فهو كما قال، أي يكون البناء له والعرصة لفلان، وكذا إذا قال بياض هذه الأرض لفلان وبناؤها لي، لأنَّ ما تضمنه اللفظان من قصر الحكم السابق على مجرَّد الساحة منع دخول الوصف في ذلك الحكم بطريق التبعية، فلا يكون هو مقرًّا بالوصف، فلا يكون في قوله: وبناؤها لي راجعًا عمَّا أقرَّ به، بخلاف ما إذا ذكر مكان العرصة أرضًا حيث يكون البناء للمقرِّ له، وفي الذخيرة: واعلم بأنَّ هذه خمس مسائل وتخريجها علىٰ أصلين: أحدهما: أنَّ الدعوىٰ قبل الإقرار لا تمنع صحة الإقرار بعده، والدعوى بعد الإقرار في بعض ما دخل تحت الإقرار لا تصحُّ، والثانِي: أنَّ إقرار الإنسان حجةً علىٰ نفسه وليس بحجةٍ علىٰ غيره، إذا عرفنا هذا فنقول: إذا قال بناء هذه الدار لي وأرضها لفلان، إنَّما كانت الأرض والبناء لفلان لأنَّ بقوله البناء لي ادَّعى البناء وبقوله الأرض لفلان أقرَّ لفلان بالبناء تبعًا للإقرار بالأرض والإقرار بعد الدعوىٰ صحيحٌ، وإذا قال أرضها لي وبناؤها لفلان فهو علىٰ ما أقرَّ المقرُّ لأنَّ بقوله أرضها لي ادَّعى البناء لنفسه تبعًا وبقوله والبناء لفلان أقرَّ بالبناء لفلان، والإقرار

لِأَنَّهُ يَدْخُلُ فِيهِ تَبَعًا لَا لَفْظًا، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ إِلَّا ثُلُثَهَا أَوْ إِلَّا بَيْتًا مِنْهَا لِأَنَّهُ دَاخِلٌ فِيهِ لَفْظًا (وَلَوْ قَالَ بِنَاءُ هٰذَا الدَّارِ لِي وَالْعَرْصَةُ لِفُلَانٍ فَهُوَ كَمَا قَالَ) لِأَنَّ العَرْصَةَ عِبَارَةٌ عَنِ البُقْعَةِ دُونَ البِنَاءِ، فَكَأَنَّهُ قَالَ بَيَاضُ هٰذِهِ الأَرْضِ دُونَ البِنَاءِ لِفُلَانٍ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ مَكَانُ العَرْصَةِ أَرْضًا حَيْثُ يَكُونُ البِنَاءُ لِلْمُقَرِّ لَهُ لِأَنَّ الإِقْرَارَ بِالْأَرْضِ إِقْرَارٌ بِالْبِنَاءِ كَالْإِقْرَارِ بِالدَّارِ.

(وَلَوْ قَالَ لَهُ عَلَيَّ أَلْفُ دِرْهَمٍ مِنْ ثَمَنِ عَبْدٍ اشْتَرَيْتُهُ مِنْهُ وَلَمْ أَقْبِضْهُ، فَإِنْ ذَكَرَ عَبْدًا بِعَيْنِهِ قِيلَ لِلْمُقَرِّ لَهُ إِنْ شِئْتَ فَسَلِّمِ العَبْدَ وَخُذِ الأَلْفَ وَإِلَّا فَلَا شَيْءَ لَكَ) قَالَ: وَهٰذَا عَلَىٰ وُجُوهٍ: أَحَدُهَا: هٰذَا وَهُوَ أَنْ يُصَدِّقَهُ وَيُسَلِّمَ العَبْدَ، وَجَوَابُهُ مَا ذُكِرَ، لِأَنَّ الثَّابِتَ بِتَصَادُقِهِمَا كَالثَّابِتِ مُعَايَنَةً.

وَالثَّانِي: أَنْ يَقُولَ المُقَرُّ لَهُ: العَبْدُ عَبْدُكَ مَا بِعْتُكَهُ وَإِنَّمَا بِعْتُكَ عَبْدًا

بعد الدعوى صحيحٌ ويؤمر المقرُّ له بنقل البناء من أرضه، وإذا قال أرض هذه الدار لفلان وبناؤها لي فالأرض والبناء كلاهما للمقرِّ له لأنَّ بقوله أرضها لفلان أقرَّ لفلان بالبناء تبعًا وبقوله بناؤها لي ادَّعى البناء لنفسه، والدعوىٰ بعد الإقرار في بعض ما تناوله الإقرار لا تصحُّ، وإذا قال أرض هذه الدار لفلان وبناؤها لفلان آخر فالأرض والبناء كلاهما للمقرِّ له الأول، لأنَّ بقوله أرض هذه الدار لفلان صار مقرًّا لفلان بالبناء تبعًا للأرض وبقوله وبناؤها لفلانٍ آخر جعل مقرًّا على الأول، والإقرار على الغير لا يصحُّ، وإذا قال بناء هذه الدار لفلان وأرضها لفلان آخر فهو كما قال، لأنَّ بقوله أوَّلاً بناء هذه الدار لفلان آخر صار مقرًّا بالبناء له، وبقوله أرضها لفلان آخر صار مقرًّا على الأول بالبناء الثانِي، وإقرار الإنسان علىٰ غيره باطلٌ.

غَيْرَ هٰذَا وَفِيهِ المَالُ لَازِمٌ عَلَى المُقِرِّ لِإِقْرَارِهِ بِهِ عِنْدَ سَلَامَةِ العَبْدِ لَهُ وَقَدْ سَلَّمَ فَلَا يُبَالَىٰ بِاخْتِلَافِ السَّبَبِ بَعْدَ حُصُولِ المَقْصُودِ. وَالثَّالِثُ: أَنْ يَقُولَ العَبْدُ عَبْدِي مَا بِعْتُكَ. وَحُكْمُهُ: أَنْ لَا يَلْزَمَ المُقِرَّ شَيْءٌ لِأَنَّهُ مَا أَقَرَّ بِالْمَالِ إِلَّا عِوَضًا عَنِ العَبْدِ فَلَا يَلْزَمُهُ دُونَهُ، وَلَوْ قَالَ مَعَ ذٰلِكَ: إِنَّمَا بِعْتُكَ غَيْرَهُ يَتَحَالَفَانِ لِأَنَّ المُقِرَّ يَدَّعِي تَسْلِيمَ مَنْ عَيَّنَهُ وَالْآخَرَ يُنْكِرُ وَالْمُقَرَّ لَهُ يَدَّعِي عَلَيْهِ الأَلْفَ بِبَيْعِ غَيْرِهِ وَالْآخَرَ يُنْكِرُهُ، وَإِذَا تَحَالَفَا بَطَلَ المَالُ، هٰذَا إِذَا ذَكَرَ عَبْدًا بِعَيْنِهِ (وَإِنْ قَالَ مِنْ ثَمَنِ عَبْدٍ اشْتَرَيْتُهُ وَلَمْ يُعَيِّنْهُ لَزِمَهُ الأَلْفُ وَلَا يُصَدَّقُ فِي قَوْلِهِ: مَا قَبَضْتُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَصَلَ أَمْ فَصَلَ) لِأَنَّهُ رُجُوعٌ فَإِنَّهُ أَقَرَّ بِوُجُوبِ المَالِ رُجُوعًا إِلَىٰ كَلِمَةِ «عَلَيَّ»، وَإِنْكَارُهُ القَبْضَ فِي غَيْرِ المُعَيَّنِ يُنَافِي الوُجُوبَ أَصْلًا لِأَنَّ الجَهَالَةَ مُقَارِنَةً كَانَتْ أَوْ طَارِئَةً بِأَنِ اشْتَرَىٰ عَبْدًا ثُمَّ نَسِيَاهُ عِنْدَ

قوله: بَعْدَ حُصُولِ المَقْصُودِ، وهو سلامة العبد، بيانه أنَّ المقرَّ له ادَّعىٰ وجوب الألف بسبب بيع الآخر، والمقرُّ أقرَّ بسبب شراء هذا العبد فلا يبالىٰ بالاختلاف بعد اتفاقهما علىٰ وجوب الثمن، كما إذا أقرَّ بألفٍ من ثمن متاعٍ والمقرُّ له يقول: إنه غصب أو قرض لا يبالىٰ باختلاف السبب، كذا ههنا.

قوله: وَلَوْ قَالَ مَعَ ذٰلِكَ إِنَّمَا بِعْتُكَ غَيْرَهُ، أي مع إنكار العبد المقرِّ به يدَّعي لزوم المال ببيع عبدٍ آخر.

قوله: وَإِذَا تَحَالَفَا بَطَلَ المَالُ، أي بطل المال من المقرِّ والعبد سالمٌ لمن في يده.

قوله: وَإِنْكَارُهُ القَبْضَ فِي غَيْرِ المُعَيَّنِ يُنَافِي الوُجُوبَ أَصْلًا، لأنَّ ثمن عبد غير

الِاخْتِلَاطِ بِأَمْثَالِهِ تُوجِبُ هَلَاكَ المَبِيعِ فَيَمْتَنِعُ وُجُوبُ نَقْدِ الثَّمَنِ، وَإِذَا كَانَ كَذٰلِكَ كَانَ رُجُوعًا فَلَا يَصِحُّ وَإِنْ كَانَ مَوْصُولًا. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: إِنْ وَصَلَ صُدِّقَ وَلَمْ يَلْزَمْهُ شَيْءٌ، وَإِنْ فَصَلَ لَمْ يُصَدَّقْ إِذَا أَنْكَرَ المُقَرُّ لَهُ أَنْ يَكُونَ ذٰلِكَ مِنْ ثَمَنِ عَبْدٍ، وَإِنْ أَقَرَّ أَنَّهُ بَاعَهُ مَتَاعًا فَالْقَوْلُ قَوْلُ المُقِرِّ. وَوَجْهُ ذٰلِكَ أَنَّهُ أَقَرَّ بِوُجُوبِ المَالِ عَلَيْهِ وَبَيَّنَ سَبَبًا وَهُوَ البَيْعُ، فَإِنْ وَافَقَهُ الطَّالِبُ فِي السَّبَبِ وَبِهِ لَا يَتَأَكَّدُ الوُجُوبُ إِلَّا بِالْقَبْضِ،

معيَّن لا يكون واجبًا على المشتري إلَّا بعد القبض، لأنَّ ما لا يكون بعينه فهو في حكم المستهلك، لأنه لا طريقَ للوصول إليه، فإنَّه ما من عبدٍ يحضره إلَّا وللمشتري أن يقول المبيع غير هذا، وتسليم الثمن لا يجب إلَّا باحضار المبيع فعُلِمَ أنه في حكم المستهلك فكأنَّه أقرَّ بالقبض ثمَّ رجع.

قوله: وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللهُ تَعَالَىٰ: إِنْ وَصَلَ صُدِّقَ وَلَمْ يَلْزَمْهُ شَيْءٌ، وَإِنْ فَصَلَ لَمْ يُصَدَّقْ إِذَا أَنْكَرَ المُقَرُّ لَهُ أَنْ يَكُونَ ذٰلِكَ مِنْ ثَمَنِ عَبْدٍ، أي صدقه في الأصل وكذبه في الجهة، وَإِنْ أَقَرَّ أَنَّهُ بَاعَهُ مَتَاعًا، أي صدقه في الأصل والجهة، بأن أقرَّ أنه باعه عبدًا فالقول قول المقرِّ، وحاصل مذهبهما أنه إن صدقه المقرُّ له في أنَّ ذلك من ثمن عبد يصدق، وصل أم فصل، وإن كذبه في ذلك لم يصدق إلَّا إذا كان موصولاً، ووجه ذلك أنه أقرَّ بوجوب المال وبين له سببًا فإذا صدقه المقرُّ له في ذلك السبب ثبت السبب بتصادقهما، ثمَّ المال بِهذا السبب يكون واجبًا قبل القبض ولكن إنَّما يتأكَّد بالقبض والمقرُّ ينكر فجعلنا القول قوله في إنكاره القبض، وإن كذبه في السبب كان هذا من المقرِّ بيانًا مغيرًا لمقتضى أوَّل الكلام لأنَّ مقتضىٰ أوَّل كلامه أن يكون مطالبًا بالمال للحال ولكن احتمل أن لا يكون مطالبًا به حتى يحضر العبد وبيان التغيير يصحُّ موصولاً ولا يصحُّ مفصولاً.

وَالْمُقِرُّ يُنْكِرُهُ فَيَكُونُ القَوْلُ لَهُ، وَإِنْ كَذَّبَهُ فِي السَّبَبِ كَانَ هٰذَا مِنَ المُقِرِّ بَيَانًا مُغَيِّرًا لِأَنَّ صَدْرَ كَلَامِهِ لِلْوُجُوبِ مُطْلَقًا وَآخِرُهُ يَحْتَمِلُ انْتِفَاءَهُ عَلَى اعْتِبَارِ عَدَمِ القَبْضِ وَالْمُغَيِّرُ يَصِحُّ مَوْصُولًا لَا مَفْصُولًا. (وَلَوْ قَالَ ابْتَعْتُ مِنْهُ بَيْعًا إِلَّا أَنِّي لَمْ أَقْبِضْهُ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ) بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ ضَرُورَةِ البَيْعِ القَبْضُ، بِخِلَافِ الإِقْرَارِ بِوُجُوبِ الثَّمَنِ.

قَالَ: (وَكَذَا لَوْ قَالَ مِنْ ثَمَنِ خَمْرٍ أَوْ خِنْزِيرٍ) وَمَعْنَى المَسْأَلَةِ إِذَا قَالَ لِفُلَانٍ عَلَيَّ أَلْفٌ مِنْ ثَمَنِ خَمْرٍ أَوْ خِنْزِيرٍ (لَزِمَهُ الأَلْفُ وَلَمْ يُقْبَلْ تَفْسِيرُهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَصَلَ أَمْ فَصَلَ) لِأَنَّهُ رُجُوعٌ لِأَنَّ ثَمَنَ الخَمْرِ

قوله: وَكَذَا لَوْ قَالَ مِنْ ثَمَنِ خَمْرٍ أَوْ خِنْزِيرٍ، وَمَعْنَى المَسْأَلَةِ إِذَا قَالَ لِفُلَانٍ عَلَيَّ أَلْفٌ مِنْ ثَمَنِ خَمْرٍ أَوْ خِنْزِيرٍ، وإنَّما قال: ومعنى المسئلة، بيانًا لاسم الاشارة في قوله: وكذا لزمه الألف ولم يقبل تفسيره عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، وصل أم فصل، لأنه رجوعٌ فثمن الخمر والخنزير لا يكون واجبًا على المسلم، فأوَّل كلامه يدلُّ على الوجوب والرجوع لا يعمل وصل أم فصل، كما لو قال: عليَّ ألف درهم من ثمن متاع باعنيه إلَّا أنِّي لم أقبض، فإنه لا يصدق في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، وعندهما إذا وصل صدق، ولا يلزم شيءٌ لأنه بيَّن بآخر كلامه أنه ما أراد به الإيجاب، فصار كما إذا قال في آخره إن شاء الله تعالىٰ، قلنا: ذلك تعليقٌ وهذا إبطالٌ، أي قوله إن شاء الله تعليقٌ بشرطٍ لا يوقف عليه، والتعليقُ بالشرط من باب التغيير فيصحُّ موصولاً، لأنَّ الإرسال والتعليق كل واحد منهما متعارفٌ بين أهل اللسان فكان ذلك من باب البيان لا من باب الرجوع، ووجوب المال عليه من حكم إرسال الكلام فمع صيغة التعليق لا يلزمه حكم الإرسال، وهذا إبطال والإبطال رجوع والرجوع بعد الإقرار بوجوب المال لا يصحُّ.

وَالْخِنْزِيرِ لَا يَكُونُ وَاجِبًا وَأَوَّلُ كَلَامِهِ لِلْوُجُوبِ (وَقَالَا: إِذَا وَصَلَ لَا يَلْزَمُهُ شَيْءٌ) لِأَنَّهُ بَيَّنَ بِآخِرِ كَلَامِهِ أَنَّهُ مَا أَرَادَ بِهِ الإِيجَابَ وَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ فِي آخِرِهِ إِنْ شَاءَ اللهُ. قُلْنَا: ذَاكَ تَعْلِيقٌ وَهٰذَا إِبْطَالٌ. (وَلَوْ قَالَ لَهُ عَلَيَّ أَلْفٌ مِنْ ثَمَنِ مَتَاعٍ أَوْ قَالَ أَقْرَضَنِي أَلْفَ دِرْهَمٍ ثُمَّ قَالَ هِيَ زُيُوفٌ أَوْ نَبَهْرَجَةٌ وَقَالَ المُقَرُّ لَهُ جِيَادٌ لَزِمَهُ الجِيَادُ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَقَالَا: إِنْ قَالَ مَوْصُولًا يُصَدَّقُ، وَإِنْ قَالَ مَفْصُولًا لَا يُصَدَّقُ) وَعَلَىٰ هٰذَا الخِلَافِ إِذَا قَالَ هِيَ سَتُّوقَةٌ أَوْ رَصَاصٌ، وَعَلَىٰ هٰذَا إِذَا قَالَ: إِلَّا إِنَّهَا زُيُوفٌ، وَعَلَىٰ هٰذَا إِذَا قَالَ: لِفُلَانٍ عَلَيَّ أَلْفُ دِرْهَمٍ زُيُوفٍ مِنْ ثَمَنِ مَتَاعٍ. لَهُمَا أَنَّهُ بَيَانٌ مُغَيِّرٌ فَيَصِحُّ بِشَرْطِ الوَصْلِ كَالشَّرْطِ وَالِاسْتِثْنَاءِ. وَهٰذَا لِأَنَّ اسْمَ الدَّرَاهِمِ يَحْتَمِلُ الزُّيُوفَ بِحَقِيقَتِهِ وَالسَّتُّوقَةُ بِمَجَازِهِ، إِلَّا أَنَّ مُطْلَقَهُ يَنْصَرِفُ إِلَى الجِيَادِ فَكَانَ بَيَانًا مُغَيِّرًا مِنْ هٰذَا الوَجْهِ وَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ إِلَّا أَنَّهَا وَزْنُ خَمْسَةٍ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ هٰذَا رُجُوعٌ لِأَنَّ مُطْلَقَ العَقْدِ يَقْتَضِي وَصْفَ السَّلَامَةِ عَنِ العَيْبِ، وَالزِّيَافَةُ عَيْبٌ وَدَعْوَى العَيْبِ رُجُوعٌ عَنْ بَعْضِ مُوجِبِهِ وَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ بِعْتُكَهُ مَعِيبًا وَقَالَ

قوله: لِأَنَّ اسْمَ الدَّرَاهِمِ يَحْتَمِلُ الزُّيُوفَ بِحَقِيقَتِهِ، لأنه من جنس الدراهم حتَّىٰ يحصل به الاستيفاء في الصرف والسلم ولا يصير استبدالاً، إلَّا أنَّ مطلق الدراهم يتناول الجياد، ولأنَّ بياعات الناس تكون بالجياد فكان مغيرًا للأصل فلذلك يشترط الوصل، وكذا الستوقة تسمَّىٰ دراهم مجازًا والنقل من الحقيقة إلى المجاز بيانٌ فيه تغيير فصحَّ، وصار كما لو قال إلَّا أنَّها وزن خمسة أو ستَّة ونقد بدرهم وزن سبعة صدق إن وصل.

الْمُشْتَرِي بِعْتَنِيهِ سَلِيمًا فَالقَوْلُ لِلْمُشْتَرِي لِمَا بَيَّنَّا، وَالسَّتُّوقَةُ لَيْسَتْ مِنَ الأَثْمَانِ وَالْبَيْعُ يُرَدُّ عَلَى الثَّمَنِ فَكَانَ رُجُوعًا. وَقَوْلُهُ إِلَّا أَنَّهَا وَزْنُ خَمْسَةٍ يَصِحُّ اسْتِثْنَاءً لِأَنَّهُ مِقْدَارٌ بِخِلَافِ الجَوْدَةِ لِأَنَّ اسْتِثْنَاءَ الوَصْفِ لَا يَجُوزُ كَاسْتِثْنَاءِ البِنَاءِ فِي الدَّارِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ عَلَيَّ كُرُّ حِنْطَةٍ مِنْ ثَمَنِ عَبْدٍ إِلَّا أَنَّهَا رَدِيئَةٌ لِأَنَّ الرَّدَاءَةَ نَوْعٌ لَا عَيْبٌ، فَمُطْلَقُ العَقْدِ لَا يَقْتَضِي السَّلَامَةَ عَنْهَا. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - فِي غَيْرِ رِوَايَةِ الأُصُولِ فِي القَرْضِ أَنَّهُ يُصَدَّقُ فِي الزُّيُوفِ إِذَا وَصَلَ لِأَنَّ القَرْضَ يُوجِبُ رَدَّ مِثْلِ المَقْبُوضِ، وَقَدْ يَكُونُ زَيْفًا كَمَا فِي الغَصْبِ. وَوَجْهُ الظَّاهِرِ: أَنَّ التَّعَامُلَ بِالْجِيَادِ فَانْصَرَفَ مُطْلَقُهُ إِلَيْهَا. (وَلَوْ قَالَ لِفُلَانٍ عَلَيَّ أَلْفُ دِرْهَمٍ زُيُوفٍ وَلَمْ يَذْكُرِ البَيْعَ وَالْقَرْضَ قِيلَ يُصَدَّقُ) بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّ اسْمَ الدَّرَاهِمِ يَتَنَاوَلُهَا (وَقِيلَ

قوله: فَالْقَوْلُ لِلْمُشْتَرِي لِمَا بَيَّنَّا، أي أنَّ مطلق العقد يقتضي السلامة عن العيب.

قوله: لِأَنَّ اسْتِثْنَاءَ الوَصْفِ لَا يَجُوزُ كَاسْتِثْنَاءِ البِنَاءِ فِي الدَّارِ، لأنَّ الصفة ليست ممَّا يتناوله اسم الدراهم حتى استثنى وإنَّما ثبتَ وصف الجودة لمقتضى مطلق العقد.

قوله: لِأَنَّ الرَّدَاءَةَ نَوْعٌ لَا عَيْبٌ، فإنَّ العيب ما يخلو عنه أصل الفطرة، والحنطة قد تكون ردية في أصل الخلقة فهو في معنىٰ بيان النوع وليسَ لمطلق العقد مقتضى في نوعٍ دون نوعٍ، ولهذا لا يصحُّ الشراء بالحنطة ما لم يبيِّن أنَّها جيِّدة أو وسط أو ردية، ألا ترىٰ أنه لو قال بعتك هذه الحنطة وأشار إليها والمشتري كان رآها فوجدها رديةً ولم يكن علمها لم يكن له خيار الردِّ بالعيب، ولو قال بعتك بهذه الدراهم وأشار إليها وهي زيوفٌ ولم يعلم بها البائع استحقَّ مثلها جيادًا لا زيافةَ فيها فعَلم أنَّ الزيافة عيبٌ.

لَا يُصَدَّقُ) لِأَنَّ مُطْلَقَ الإِقْرَارِ يَنْصَرِفُ إِلَى العُقُودِ لِتَعَيُّنِهَا مَشْرُوعَةً لَا إِلَى الِاسْتِهْلَاكِ المُحَرَّمِ.

(وَلَوْ قَالَ اغْتَصَبْتُ مِنْهُ أَلْفًا أَوْ قَالَ أَوْدَعَنِي ثُمَّ قَالَ هِيَ زُيُوفٌ أَوْ نَبَهْرَجَةٌ صُدِّقَ وَصَلَ أَمْ فَصَلَ) لِأَنَّ الإِنْسَانَ يَغْصِبُ مَا يَجِدُ وَيُودِعُ مَا يَمْلِكُ فَلَا مُقْتَضَىٰ لَهُ فِي الجِيَادِ وَلَا تَعَامُلَ فَيَكُونُ بَيَانَ النَّوْعِ فَيَصِحُّ وَإِنْ فَصَلَ، وَلِهٰذَا لَوْ جَاءَ رَادُّ المَغْصُوبِ الوَدِيعَةَ بِالْمَعِيبِ كَانَ القَوْلُ قَوْلَهُ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لَا يُصَدَّقُ فِيهِ مَفْصُولًا اعْتِبَارًا بِالْقَرْضِ إِذِ القَبْضُ فِيهِمَا هُوَ المُوجِبُ لِلضَّمَانِ. وَلَوْ قَالَ هِيَ سَتُّوقَةٌ أَوْ رَصَاصٌ بَعْدَمَا أَقَرَّ بِالْغَصْبِ الوَدِيعَةِ وَوَصَلَ صُدِّقَ، وَإِنْ فَصَلَ لَمْ يُصَدَّقْ لِأَنَّ

قوله: وَقِيلَ لَا يُصَدَّقُ، أي عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ.

قوله: فَلَا مُقْتَضَىٰ لَهُ فِي الجِيَادِ وَلَا تَعَامُلَ، أمَّا لا مقتضىٰ فلِمَا ذُكِر أنَّ المقتضي هو عقد المعاوضة ولم يوجد، وقوله: لا تعامل، إشارة إلى الجواب عن فصل القرض فإنَّ في القرض إن لم يوجد المقتضي فقد وجد التعامل، والناس إنَّما يتعاملون بالجياد فينصرف إلى الجياد ولم يوجد التعامل هنا فلا ينصرف إلى الجياد.

قوله: وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ أَنَّهُ لَا يُصَدَّقُ فِيهِ مَفْصُولًا اعْتِبَارًا بِالْقَرْضِ، أي إذا قال غصبت ألفًا ثمَّ قال هيَ زيوفٌ لم يصدق إذا فصل كما في القرض.

قوله: إِذِ القَبْضُ فِيهِمَا، أي في الغصب والقرض لأنَّ القرض علىٰ رواية الأصل مثل البيع، وفي البيع لا يفصل فكذا في القرض، والغصب مثل القرض لأنه إنَّما وجب الضمان فيهما بالقبض فلا يصدق فيه أيضاً.

السَّتُّوقَةُ لَيْسَتْ مِنْ جِنْسِ الدَّرَاهِمِ لٰكِنَّ الِاسْمَ يَتَنَاوَلُهَا مَجَازًا فَكَانَ بَيَانًا مُغَيِّرًا فَلَا بُدَّ مِنَ الوَصْلِ (وَإِنْ قَالَ فِي هٰذَا كُلِّهِ أَلْفًا ثُمَّ قَالَ إِلَّا أَنَّهُ يَنْقُصُ كَذَا لَمْ يُصَدَّقْ وَإِنْ وَصَلَ صُدِّقَ) لِأَنَّ هٰذَا اسْتِثْنَاءُ المِقْدَارِ وَالِاسْتِثْنَاءُ يَصِحُّ مَوْصُولًا، بِخِلَافِ الزِّيَافَةِ لِأَنَّهَا وَصْفٌ وَاسْتِثْنَاءُ الأَوْصَافِ لَا يَصِحُّ، وَاللَّفْظُ يَتَنَاوَلُ المِقْدَارَ دُونَ الوَصْفِ وَهُوَ تَصَرُّفٌ لَفْظِيٌّ كَمَا بَيَّنَّا، وَلَوْ كَانَ الفَصْلُ ضَرُورَةَ انْقِطَاعِ الكَلَامِ فَهُوَ وَاصِلٌ لِعَدَمِ إِمْكَانِ الِاحْتِرَازِ عَنْهُ.

(وَمَنْ أَقَرَّ بِغَصْبِ ثَوْبٍ ثُمَّ جَاءَ بِثَوْبٍ مَعِيبٍ فَالْقَوْلُ لَهُ) لِأَنَّ الغَصْبَ لَا يَخْتَصُّ بِالسَّلِيمِ. (وَمَنْ قَالَ لِآخَرَ: أَخَذْتُ مِنْكَ أَلْفَ دِرْهَمٍ وَدِيعَةً فَهَلَكَتْ فَقَالَ لَا بَلْ أَخَذْتَهَا غَصْبًا فَهُوَ ضَامِنٌ، وَإِنْ قَالَ أَعْطَيْتَنِيهَا وَدِيعَةً فَقَالَ لَا بَلْ غَصَبْتَنِيهَا لَمْ يَضْمَنْ) وَالْفَرْقُ أَنَّ فِي الفَصْلِ الأَوَّلِ أَقَرَّ بِسَبَبِ الضَّمَانِ وَهُوَ الأَخْذُ ثُمَّ ادَّعَىٰ مَا يُبْرِئُهُ وَهُوَ الإِذْنُ وَالْآخَرُ يُنْكِرُهُ فَيَكُونُ القَوْلُ

قوله: يَتَنَاوَلُهَا مَجَازًا، لمشابهةٍ بين الستوقة والدَّراهم من حيث الصورة.

قوله: وَلَوْ كَانَ الفَصْلُ ضَرُورَةَ انْقِطَاعِ الكَلَامِ، بسبب انقطاع النفس أو بسبب أخذ السُّعال فعن أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ أنه يصحُّ وصله بعد ذلك، وعليه الفتوىٰ، لأنَّ الإنسان يحتاج أن يتكلَّم بكلام كثيرٍ، وذكر الاستثناء في آخره، ولا يمكنه أن يتكلَّم بجميع ذلك بنفسٍ واحدٍ فكان عفوًا.

قوله: أَقَرَّ بِسَبَبِ الضَّمَانِ وَهُوَ الأَخْذُ، ودلالة كون الأخذ سببًا للضمان قوله عليه

لَهُ مَعَ اليَمِينِ. وَفِي الثَّانِي أَضَافَ الفِعْلَ إِلَىٰ غَيْرِهِ وَذَاكَ يَدَّعِي عَلَيْهِ سَبَبَ الضَّمَانِ وَهُوَ الغَصْبُ فَكَانَ القَوْلُ لِمُنْكِرِهِ مَعَ اليَمِينِ وَالْقَبْضُ فِي هٰذَا كَالْأَخْذِ وَالدَّفْعُ كَالْإِعْطَاءِ، فَإِنْ قَالَ قَائِلٌ: إِعْطَاؤُهُ وَالدَّفْعُ إِلَيْهِ لَا يَكُونُ إِلَّا بِقَبْضِهِ، فَنَقُولُ: قَدْ يَكُونُ بِالتَّخْلِيَةِ وَالْوَضْعِ بَيْنَ يَدَيْهِ، وَلَوِ اقْتَضَىٰ ذٰلِكَ فَالْمُقْتَضَىٰ ثَابِتٌ ضَرُورَةً فَلَا يَظْهَرُ فِي انْعِقَادِهِ سَبَبُ الضَّمَانِ، وَهٰذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ: أَخَذْتُهَا مِنْكَ وَدِيعَةً وَقَالَ الآخَرُ لَا بَلْ قَرْضًا حَيْثُ يَكُونُ القَوْلُ لِلْمُقِرِّ وَإِنْ أَقَرَّ بِالْأَخْذِ لِأَنَّهُمَا تَوَافَقَا هُنَالِكَ عَلَىٰ أَنَّ الأَخْذَ كَانَ بِالْإِذْنِ إِلَّا أَنَّ المُقَرَّ لَهُ يَدَّعِي سَبَبَ الضَّمَانِ وَهُوَ القَرْضُ وَالآخَرُ يُنْكِرُ فَافْتَرَقَا. (وَإِنْ قَالَ هٰذِهِ الأَلْفُ كَانَتْ وَدِيعَةً لِي عِنْدَ فُلَانٍ فَأَخَذْتُهَا فَقَالَ فُلَانٌ هِيَ لِي فَإِنَّهُ يَأْخُذُهَا) لِأَنَّهُ أَقَرَّ بِاليَدِ لَهُ

الصلاة والسلام: «على اليد ما أخذت حتى تردَّ» هذا تناول ردَّ العين حال بقائها ورد المثل حال زوالها لكون المثل قائمًا مقام الأصل، وقوله: وَدِيعَةً، رجوعٌ عمَّا أقرَّ به لأنه دعوى الإبراء فلا يصدق بدون البينة، كدعوى المشتري بأجل الثمن بعد ما أقرَّ به والبائع يدَّعي معجلاً، فإن قيل: ينبغي أن يصدق ويجعل قوله: وديعةً، بيان تغيير، كما لو قال لفلان عليَّ ألفٌ وديعةً، قلنا: صدر الكلام هنا موجبه الغصب علىٰ ما ذكرنا فلا يحتمل الوديعةَ، وبقوله: وديعةً، يكون دعوًى مبتدأً لا بيان ما احتمله صدر الكلام، وأمَّا قوله لفلان عليَّ ألفٌ يحتمل الوديعة يعني علىٰ حفظه فيكون قوله وديعةً بيان تغيير فيصدق موصولاً.

قوله: فَلَا يَظْهَرُ فِي انْعِقَادِهِ سَبَبُ الضَّمَانِ، لأنَّ الثابت ضرورةً عدمٌ في غير موضعها.

قوله: وَإِنْ قَالَ هٰذِهِ الأَلْفُ كَانَتْ وَدِيعَةً لِي عِنْدَ فُلَانٍ فَأَخَذْتُهَا - إلىٰ قوله - وَالْقَوْلُ

وَادَّعَى اسْتِحْقَاقَهَا عَلَيْهِ وَهُوَ يُنْكِرُ وَالْقَوْلُ لِلْمُنْكِرِ.

(وَلَوْ قَالَ: آجَرْتُ دَابَّتِي هٰذِهِ فُلَانًا فَرَكِبَهَا وَرَدَّهَا، أَوْ قَالَ: آجَرْتُ ثَوْبِي هٰذَا فُلَانًا فَلَبِسَهُ وَرَدَّهُ وَقَالَ فُلَانٌ كَذَبْتَ وَهُمَا لِي فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ) وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - (وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: القَوْلُ قَوْلُ الَّذِي أُخِذَ مِنْهُ الدَّابَّةُ وَالثَّوْبُ) وَهُوَ القِيَاسُ، وَعَلَىٰ هٰذَا الخِلَافِ الإِعَارَةُ وَالْإِسْكَانُ. (وَلَوْ قَالَ خَاطَ فُلَانٌ ثَوْبِي هٰذَا بِنِصْفِ دِرْهَمٍ ثُمَّ قَبَضْتُهُ وَقَالَ فُلَانٌ الثَّوْبُ ثَوْبِي فَهُوَ عَلَىٰ هٰذَا الخِلَافِ فِي الصَّحِيحِ) وَجْهُ القِيَاسِ مَا بَيَّنَّاهُ فِي الوَدِيعَةِ. وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ وَهُوَ الفَرْقُ أَنَّ اليَدَ فِي الإِجَارَةِ وَالْإِعَارَةِ ضَرُورِيَّةٌ تَثْبُتُ ضَرُورَةَ اسْتِيفَاءِ المَعْقُودِ عَلَيْهِ

لِلْمُنْكِرِ، أي بالإجماع، وَلَوْ قَالَ: آجَرْتُ دَابَّتِي هٰذِهِ فُلَانًا - إلىٰ قوله - وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: القَوْلُ قَوْلُ الَّذِي أُخِذَ مِنْهُ الدَّابَّةُ، هذا كله إذا لم تكن الدابة والثوب معروفًا أنه للمقرِّ، أمّا لو كان الثوب معروفًا أنه للمقرِّ، أو الدابة، أو الدار، فقال: قبضتُه فيه، فكان القولُ قولَ المقرِّ في قولهم لأنَّ الملك فيه معروفٌ للمقرِّ.

قوله: وَعَلَى هٰذَا الخِلَافِ الإِعَارَةُ وَالْإِسْكَانُ، بأن قال: أعرتكَ داري هذه ثمَّ رددتَ عليَّ، أو: أسكنتك داري هذه ثم رددتَ عليَّ، وقال الآخر: الدَّار داري.

قوله: فِي الصَّحِيحِ، احترازٌ عن قول بعضهم: أنَّ القول في هذا قول المقرِّ بالإجماع.

قوله: وَجْهُ القِيَاسِ مَا بَيَّنَّاهُ فِي الوَدِيعَةِ، وهو قوله: لِأَنَّهُ أَقَرَّ بِالْيَدِ لَهُ وَادَّعَى اسْتِحْقَاقَهَا عَلَيْهِ، وهو منكرٌ فيكون القول قوله في كيفيته.

وَهُوَ المَنَافِعُ فَيَكُونُ عَدَمًا فِيمَا وَرَاءَ الضَّرُورَةِ فَلَا يَكُونُ إِقْرَارًا لَهُ بِالْيَدِ مُطْلَقًا، بِخِلَافِ الوَدِيعَةِ لِأَنَّ اليَدَ فِيهَا مَقْصُودَةٌ وَالْإِيدَاعُ إِثْبَاتُ اليَدِ قَصْدًا فَيَكُونُ الإِقْرَارُ بِهِ اعْتِرَافًا بِالْيَدِ لِلْمُودِعِ. وَوَجْهٌ آخَرُ أَنَّ فِي الإِجَارَةِ وَالْإِعَارَةِ وَالْإِسْكَانِ أَقَرَّ بِيَدٍ ثَابِتَةٍ مِنْ جِهَتِهِ فَيَكُونُ القَوْلُ قَوْلَهُ فِي كَيْفِيَّتِهِ. وَلَا كَذٰلِكَ فِي مَسْأَلَةِ الوَدِيعَةِ لِأَنَّهُ قَالَ فِيهَا كَانَتْ وَدِيعَةً، وَقَدْ تَكُونُ مِنْ غَيْرِ صُنْعِهِ، حَتَّىٰ لَوْ قَالَ أَوْدَعْتُهَا كَانَ عَلَىٰ هٰذَا الخِلَافِ، وَلَيْسَ مَدَارُ الفَرْقِ عَلَىٰ ذِكْرِ الأَخْذِ فِي طَرَفِ الوَدِيعَةِ وَعَدَمِهِ فِي الطَّرَفِ الآخَرِ وَهُوَ الإِجَارَةُ وَأُخْتَاهُ؛ لِأَنَّهُ ذَكَرَ الأَخْذَ فِي وَضْعِ الطَّرَفِ الآخَرِ فِي كِتَابِ الإِقْرَارِ أَيْضًا، وَهٰذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ اقْتَضَيْتُ مِنْ

قوله: وَقَدْ تَكُونُ مِنْ غَيْرِ صُنْعِهِ، كاللُّقطة فإنَّها وديعةٌ في يد الملتقط وإن لم يدفعها إليه صاحبها، وكذا الثوبُ إذا هبَّت به الريح فألقته في دار إنسانٍ فإنه يكون وديعةً عند صاحب الدار وإن لم يدفع إليه صاحبه، وكذا المودع إذا ماتَ والوديعة في يد وارثه وديعة وإن لم يدفع إليه صاحبها، فثبتَ أنَّ الإقرار بالوديعة لا يدلُّ على إثبات اليد له من قبله، حتَّىٰ لو قال: أوْدعتها، كان علىٰ هذا الخلاف.

قوله: وَلَيْسَ مَدَارُ الفَرْقِ عَلَىٰ ذِكْرِ الأَخْذِ فِي طَرَفِ الوَدِيعَةِ وَعَدَمِهِ فِي الطَّرَفِ الآخَرِ وَهُوَ الإِجَارَةُ، وأختاها الإعارة والإسكان، هذا احتِراز عن قول الإمام القمِّي فإنه قال: إنَّما وجب الردُّ في مسئلة الوديعة لأنه قال فيها أخذتُها منه فيجب جزاؤه وجزاء الأخذ الردُّ، وهنا قال فردَّها عليَّ فافترَقا لافتِراقهما في الوضع، وهذا ليس بشيءٍ لأنه ذكر الأخذ في وضع الطرف الآخر في كتاب الإقرار وههنا في الإجارة وأختيها، وذكروا أنَّ الفرق الصحيح

فُلَانٍ أَلْفَ دِرْهَمٍ كَانَتْ لِي عَلَيْهِ أَوْ أَقْرَضْتُهُ أَلْفًا ثُمَّ أَخَذْتُهَا مِنْهُ وَأَنْكَرَ الْمُقَرُّ لَهُ حَيْثُ يَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلَهُ لِأَنَّ الدُّيُونَ تُقْضَىٰ بِأَمْثَالِهَا، وَذٰلِكَ إِنَّمَا يَكُونُ بِقَبْضٍ مَضْمُونٍ، فَإِذَا أَقَرَّ بِالِاقْتِضَاءِ فَقَدْ أَقَرَّ بِسَبَبِ الضَّمَانِ ثُمَّ ادَّعَىٰ تَمَلُّكَهُ عَلَيْهِ بِمَا يَدَّعِيهِ مِنَ الدَّيْنِ مُقَاصَّةً وَالْآخَرُ يُنْكِرُهُ، أَمَّا هَاهُنَا الْمَقْبُوضُ عَيْنُ مَا ادَّعَىٰ فِيهِ الإِجَارَةَ وَمَا أَشْبَهَهَا فَافْتَرَقَا، وَلَوْ أَقَرَّ أَنَّ فُلَانًا زَرَعَ هٰذِهِ الْأَرْضَ أَوْ بَنَىٰ هٰذِهِ الدَّارَ أَوْ غَرَسَ هٰذَا الْكَرْمَ وَذٰلِكَ كُلُّهُ فِي يَدِ الْمُقِرِّ فَادَّعَاهَا فُلَانٌ وَقَالَ الْمُقِرُّ لَا بَلْ ذٰلِكَ كُلُّهُ لِي اسْتَعَنْتُ بِكَ فَفَعَلْتَ أَوْ فَعَلْتَهُ بِأَجْرٍ فَالْقَوْلُ لِلْمُقِرِّ لِأَنَّهُ مَا أَقَرَّ لَهُ بِالْيَدِ وَإِنَّمَا أَقَرَّ بِمُجَرَّدِ فِعْلٍ مِنْهُ، وَقَدْ يَكُونُ ذٰلِكَ فِي مِلْكٍ فِي يَدِ الْمُقِرِّ وَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ خَاطَ لِي الْخَيَّاطُ قَمِيصِي هٰذَا بِنِصْفِ دِرْهَمٍ وَلَمْ يَقُلْ قَبَضْتُهُ مِنْهُ لَمْ يَكُنْ إِقْرَارًا بِالْيَدِ وَيَكُونُ الْقَوْلُ لِلْمُقِرِّ لِمَا أَنَّهُ أَقَرَّ بِفِعْلٍ مِنْهُ

ما ذكر في الكتاب أنَّ اليد في باب الوديعة مقصودةٌ إلىٰ آخره.

قوله: لِأَنَّهُ مَا أَقَرَّ لَهُ بِالْيَدِ وَإِنَّمَا أَقَرَّ بِمُجَرَّدِ فِعْلٍ مِنْهُ، هذا احتراز عمَّا إذا أقرَّ الرجل أنَّ فلانًا ساكنٌ في هذا البيت وادَّعىٰ فلان البيتَ فإنه يقضىٰ به للساكن على المقرِّ، لأنَّ السكنىٰ تثبت اليد للساكن على المسكن وإقراره باليد للغير حجَّةٌ عليه، وما ثبت بإقراره كالمعاين في حقِّه، كذا في المبسوط.

قوله: وَلَمْ يَقُلْ قَبَضْتُهُ مِنْهُ، قيَّد حتَّىٰ لو قال: ثمَّ قبضته منه، كان على الخلاف.

وَقَدْ يَخِيطُ ثَوْبًا فِي يَدِ المُقِرِّ كَذَا هٰذَا.

قوله: وَقَدْ يَخِيطُ ثَوْبًا فِي يَدِ المُقِرِّ، بأن خاطَ في بيت المقرِّ، والله تعالىٰ أعلم.

* * *

بَابُ إِقْرَارِ المَرِيْضِ

قَالَ: (وَإِذَا أَقَرَّ الرَّجُلُ فِي مَرَضِ مَوْتِهِ بِدُيُونٍ وَعَلَيْهِ دُيُونٌ فِي صِحَّتِهِ وَدُيُونٌ لَزِمَتْهُ فِي مَرَضِهِ بِأَسْبَابٍ مَعْلُومَةٍ فَدَيْنُ الصِّحَّةِ وَالدَّيْنُ المَعْرُوفَةُ الأَسْبَابِ مُقَدَّمٌ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ -: دَيْنُ المَرَضِ وَدَيْنُ الصِّحَّةِ يَسْتَوِيَانِ لِاسْتِوَاءِ سَبَبِهِمَا وَهُوَ الإِقْرَارُ الصَّادِرُ عَنْ عَقْلٍ وَدِينٍ، وَمَحَلُّ الوُجُوبِ الذِّمَّةُ القَابِلَةُ لِلْحُقُوقِ فَصَارَ كَإِنْشَاءِ التَّصَرُّفِ مُبَايَعَةً وَمُنَاكَحَةً. وَلَنَا أَنَّ الإِقْرَارَ لَا يُعْتَبَرُ دَلِيلًا إِذَا كَانَ فِيهِ إِبْطَالُ حَقِّ الغَيْرِ،

باب إقرار المريض

قوله: وَالدَّيْنُ المَعْرُوفَةُ الأَسْبَابِ، كما إذا استقرَضَ مالاً في مرضه وعاين الشهودَ دفع المقرض المالَ إليه، أو اشترىٰ شيئًا وعاينَ الشهودَ قبض المبيع، أو استأجر شيئًا بمعاينة الشهود، أو تزوَّج امرأة بمهر مثلها وعاين الشهودُ النكاحَ وعليه ديون الصحة فإنَّ هذه الديون تساوي ديون الصحة.

قوله: وَهُوَ الإِقْرَارُ الصَّادِرُ عَنْ عَقْلٍ وَدِينٍ، وإنَّما تعرَّض لهذين الوصفين لأنَّ العقل والدين يمنعان المرء عن الكذب في إخباره، والإقرار إخبار عن الواجب في ذمته فلا يكذب في إقراره لوجود هذين الوصفين في المقرِّ، وفي هذا لا تفاوتَ بين أن يكون المقرُّ صحيحًا أو مريضًا، بل المرض يزداد رجحان جانب الصدق، لِمَا أنَّ المرضَ حالة التوبة والإنابة ومحل الوجوب الذمة القابلة للحقوق وهي ذمة الحرِّ البالغ العاقل.

وَفِي إِقْرَارِ المَرِيضِ ذٰلِكَ لِأَنَّ حَقَّ غُرَمَاءِ الصِّحَّةِ تَعَلَّقَ بِهٰذَا المَالِ اسْتِيفَاءً، وَلِهٰذَا مُنِعَ مِنَ التَّبَرُّعِ وَالْمُحَابَاةِ إِلَّا بِقَدْرِ الثُّلُثِ. بِخِلَافِ النِّكَاحِ لِأَنَّهُ مِنَ الحَوَائِجِ الأَصْلِيَّةِ وَهُوَ بِمَهْرِ المِثْلِ، وَبِخِلَافِ المُبَايَعَةِ بِمِثْلِ القِيمَةِ لِأَنَّ حَقَّ الغُرَمَاءِ تَعَلَّقَ بِالْمَالِيَّةِ لَا بِالصُّورَةِ، وَفِي حَالَةِ الصِّحَّةِ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِالْمَالِ لِقُدْرَتِهِ عَلَى الِاكْتِسَابِ فَيَتَحَقَّقُ التَّثْمِيرُ، وَهٰذِهِ حَالَةُ العَجْزِ وَحَالَتَا المَرَضِ حَالَةٌ وَاحِدَةٌ لِأَنَّهُ حَالَةَ الحَجْرِ، بِخِلَافِ حَالَتَي

قوله: وَلِهٰذَا مُنِعَ مِنَ التَّبَرُّعِ وَالْمُحَابَاةِ إِلَّا بِقَدْرِ الثُّلُثِ، هذا استدلالٌ بالعام ليحصل التقريب بالأولوية وهو أنَّ المريض لمَّا تعلق بماله حقُّ الوارث ولا يعتبر تبرُّعه إلَّا من الثلث، فإذا منع من التبرع فيما إذا تعلَّق به حقُّ الوارث وهو أضعف الحقين فلَأَن يمنع فيما إذا تعلَّق به حق الغريم وهو أقوىٰ أَوْلىٰ، وفي هذا جوابٌ أيضًا عمَّا ادَّعاه الشافعي من استواء حالة الصحة وحالة المرض.

قوله: بِخِلَافِ النِّكَاحِ لِأَنَّهُ مِنَ الحَوَائِجِ الأَصْلِيَّةِ، فإن قيل: لو تزوَّج وهو لا يحتاج إليه بسبب أنَّ له نساءٌ أو جواري أو هو شيخ كبير لا يولد له عادةً وتزوَّج آيسةً، قلنا: النكاح في أصل الوضع من مصالح المعيشة، والعبرة لأصل الوضع لا للحال، فإنَّ الحال ممَّا لا يوقف عليها ليبني الأمر عليها.

قوله: وَهٰذِهِ حَالَةُ العَجْزِ، يعني أنَّه لمَّا مرض الإنسان مرض الموت وعجز عن الاكتساب فلو لم يتعلَّق حقُّ الغريم بالمال ولم ينتقل من الذمة إليه يتوي دينه، لأنَّ المريض يتلف المال سريعًا فيؤدِّي إلىٰ إبطال حقه فيهم.

قوله: وَحَالَتَا المَرَضِ حَالَةٌ وَاحِدَةٌ، أي حالة أوَّل المرض وحالة آخر المرض بعد أن يتصلها الموتُ حالةٌ واحدةٌ، هذا جوابُ سؤالٍ مقدَّرٍ يرد علىٰ قوله: لأنَّ حق غُرماء

الصِّحَّةِ وَالْمَرَضِ؛ لِأَنَّ الأُولَىٰ حَالَةُ إِطْلَاقٍ وَهٰذِهِ حَالَةُ عَجْزٍ فَافْتَرَقَا، وَإِنَّمَا تُقَدَّمُ الدُّيُونُ المَعْرُوفَةُ الأَسْبَابِ لِأَنَّهُ لَا تُهْمَةَ فِي ثُبُوتِهَا إِذِ المُعَايَنُ لَا مَرَدَّ لَهُ، وَذٰلِكَ مِثْلُ بَدَلِ مَالٍ مَلَكَهُ أَوِ اسْتَهْلَكَهُ وَعُلِمَ وُجُوبُهُ بِغَيْرِ إِقْرَارِهِ أَوْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً بِمَهْرِ مِثْلِهَا، وَهٰذَا الدَّيْنُ مِثْلُ دَيْنِ الصِّحَّةِ لَا يُقَدَّمُ أَحَدُهُمَا عَلَى الآخَرِ لِمَا بَيَّنَّا، وَلَوْ أَقَرَّ بِعَيْنٍ فِي يَدِهِ لِآخَرَ لَمْ يَصِحَّ فِي حَقِّ غُرَمَاءِ الصِّحَّةِ لِتَعَلُّقِ حَقِّهِمْ بِهِ، وَلَا يَجُوزُ لِلْمَرِيضِ أَنْ يَقْضِيَ دَيْنَ بَعْضِ الغُرَمَاءِ دُونَ البَعْضِ؛ لِأَنَّ فِي إِيثَارِ البَعْضِ إِبْطَالُ حَقِّ البَاقِينَ، وَغُرَمَاءُ الصِّحَّةِ وَالْمَرَضِ فِي ذٰلِكَ سَوَاءٌ، إِلَّا إِذَا قَضَىٰ مَا اسْتَقْرَضَ فِي مَرَضِهِ أَوْ نَقَدَ ثَمَنَ مَا اشْتَرَىٰ فِي مَرَضِهِ وَقَدْ عُلِمَ بِالْبَيِّنَةِ.

الصحة تعلَّق بهذا المال بأن يقال: لو كان تعلق الدين المقدَّم مانعًا عن الإقرار بدينٍ آخر ينبغي أن لا يصحُّ إقرار المريض بالدين ثانيًا بعد ما أقرَّ أوَّلاً في حال مرضه لتعلُّق حق المقرِّ له الأول بماله، كما لا يصحُّ إقراره في حال المرض إذا كان له غرماء الصحة لتعلق حقِّ غرماء الصحة بماله، فأجاب عنه وقال ليس كذلك لأنَّ الإقرارين في حالة المرض بمنزلة إقرارٍ واحدٍ لكون أحوال المرض بمنزلة حالةٍ واحدةٍ في حقِّ الحجر، كما أنَّ أحوال الصحَّة كلها بمنزلة حالةٍ واحدةٍ في حقِّ الإطلاق.

قوله: وَغُرَمَاءُ الصِّحَّةِ وَالْمَرَضِ فِي ذٰلِكَ سَوَاءٌ، أراد من غرماء المرض ما يكون لهم الأسباب المعروفة لأنَّ حق الكلِّ في التعلُّق بماله على اعتبار الموت على السواء.

قوله: إِلَّا إِذَا قَضَىٰ مَا اسْتَقْرَضَ فِي مَرَضِهِ أَوْ نَقَدَ ثَمَنَ مَا اشْتَرَىٰ فِي مَرَضِهِ وَقَدْ عُلِمَ بِالْبَيِّنَةِ، لأنَّه ليسَ فيه إبطال حق الغرماء، لأنَّه حَصَل في يده مثل ما نقد، وحقُّ الغرماء

قَالَ: (فَإِذَا قُضِيَتْ) يَعْنِي الدُّيُونَ المُقَدَّمَةَ (وَفَضَلَ شَيْءٌ يُصْرَفُ إِلَىٰ مَا أَقَرَّ بِهِ فِي حَالَةِ المَرَضِ) لِأَنَّ الإِقْرَارَ فِي ذَاتِهِ صَحِيحٌ، وَإِنَّمَا رُدَّ فِي حَقِّ غُرَمَاءِ الصِّحَّةِ فَإِذَا لَمْ يَبْقَ حَقُّهُمْ ظَهَرَتْ صِحَّتُهُ.

قَالَ: (فَإِذَا لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ دُيُونٌ فِي صِحَّتِهِ جَازَ إِقْرَارُهُ) لِأَنَّهُ لَمْ يَتَضَمَّنْ إِبْطَالَ حَقِّ الغَيْرِ وَكَانَ المُقَرُّ لَهُ أَوْلَىٰ مِنَ الوَرَثَةِ لِقَوْلِ عُمَرَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: إِذَا أَقَرَّ المَرِيضُ بِدَيْنٍ جَازَ ذٰلِكَ عَلَيْهِ فِي جَمِيعِ تَرِكَتِهِ وَلِأَنَّ قَضَاءَ الدَّيْنِ مِنَ الحَوَائِجِ الأَصْلِيَّةِ وَحَقُّ الوَرَثَةِ يَتَعَلَّقُ بِالتَّرِكَةِ بِشَرْطِ الفَرَاغِ وَلِهٰذَا تُقَدَّمُ حَاجَتُهُ فِي التَّكْفِينِ.

قَالَ: (وَلَوْ أَقَرَّ المَرِيضُ لِوَارِثِهِ لَا يَصِحُّ إِلَّا أَنْ يُصَدِّقَهُ فِيهِ بَقِيَّةُ الوَرَثَةِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ فِي أَحَدِ قَوْلَيْهِ: يَصِحُّ لِأَنَّهُ إِظْهَارُ حَقٍّ ثَابِتٍ لِتَرَجُّحِ جَانِبِ الصِّدْقِ فِيهِ، وَصَارَ كَالْإِقْرَارِ لِأَجْنَبِيٍّ وَبِوَارِثٍ آخَرَ ....

يتعلَّق بمعنى التَّركة لا بالصورة، فإذا حصل له مثله لا يعدُّ تفويتًا، بخلاف ما لو قضىٰ مهر امرأة تزوَّجها في المرض، أو أجرة دارٍ استأجرها لم يسلم لهما ويشاركهما غرماء الصحة، لأنَّ ما حَصَل له من النكاح وسكنى الدار لا يصلح لتعلُّق حقِّهم فكان تخصيصهما إبطالاً لحقِّ الغرماء، كذا في المبسوط.

قوله: لِتَرَجُّحِ جَانِبِ الصِّدْقِ، إذ العقل يمنعه عن الإقدام على الكذب، وبالمرض يزداد الامتناع لكونه حالة الندم والإنابة.

قوله: وَبِوَارِثٍ آخَرَ، والجامع هو أنَّ حقَّ الباقين كما يبطل بتخصيص البعض

وَبِوَدِيعَةٍ مُسْتَهْلَكَةٍ لِلْوَارِثِ. وَلَنَا قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «لَا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ وَلَا إِقْرَارَ لَهُ بِالدَّيْنِ» وَلِأَنَّهُ تَعَلَّقَ حَقُّ الْوَرَثَةِ بِمَالِهِ فِي مَرَضِهِ وَلِهَٰذَا يُمْنَعُ مِنَ التَّبَرُّعِ عَلَى الْوَارِثِ أَصْلًا، فَفِي تَخْصِيصِ

بالإقرار بالدين فكذلك يبطل حقهم بالإقرار بوارثٍ آخر وهو صحيحٌ بالاتفاق فينبغي أن يصحَّ هذا الإقرار أيضًا إذ كلُّ واحد من الإقرارين إضرارٌ بالوارث المعروف.

قوله: وَبِوَدِيعَةٍ مُسْتَهْلَكَةٍ، أي أقرَّ باستهلاك وديعةٍ كان ثبوتُها معاينةً، وفي الجامع الكبير: أَوْدَع أباه ألفَ درهمٍ في حالة صحَّة الأب أو مرضه بمعاينة الشهود فلمَّا حضر الأب الموت قال استهلكتها وأنكر ذلك سائر الورثة فإنَّ إقرار المريض جائزٌ، وجوابنا عن ذلك أنَّا لو لم نعتبر إقراره يصير مجهلاً ويجب الضمان فلا يفيد ردَّ الإقرار، ولأنَّ تصرُّف المريض إنَّما ردَّ للتهمة ولا تُهمة في المعاينة.

قوله: وَلِأَنَّهُ تَعَلَّقَ حَقُّ الْوَرَثَةِ بِمَالِهِ فِي مَرَضِهِ، فإن قيل: حقُّ الورثة إنَّما يظهر بعد الفراغ عن حاجته فإذا أقرَّ بالدين لبعض الورثة فقد ظهر حاجته، لأنَّ العاقل لا يكذب علىٰ نفسه جزافًا، وبالمرض يزداد جهة الصدق، لأنَّ الباعث الشرعي ينضمُّ إلى العقل فيبعثه على الصدق، قلنا: الإقرار إيصال نفعٍ إلى الوارث من حيث الظاهر، وفيه إبطال حقّ الباقين ووجوب الدين لم يعرف إلَّا بقوله وهو متَّهم فيه لجواز أنَّه أراد به الإيثار بِهذا الطريق حيث عجز عنه بطريق الوصية، فوجب أن تتوقَّف صحته علىٰ رضا الباقين دفعًا للوحشة والعداوة، بخلاف الأجنبيّ لأنه غير متهم فيه لأنه يملك إيصال النفع بطريق الوصية، وكل تصرُّف يتمكَّن المرء في تحصيل المقصود به إنشاءً لا تتمكن التهمة في إقراره، ألا ترىٰ أنَّ الوكيلَ يصحُّ إقراره بالبيع قبل العزل لا بعده، ولأنَّ تعلُّق حقِّ الورثة بماله في المرض لا يظهر في حقِّ الأجنبيِّ لكثرة حاجته إلى المعاملة معه في الصحَّة، فلو انحجر عن الإقرار بالمرض يمتنعُ الناس عن المعاملة معه، وبخلاف الإقرار بوارثٍ آخر

البَعْضِ بِهِ إِبْطَالُ حَقِّ البَاقِينَ، وَلِأَنَّ حَالَةَ المَرَضِ حَالَةُ الِاسْتِغْنَاءِ وَالْقَرَابَةُ سَبَبُ التَّعَلُّقِ، إِلَّا أَنَّ هٰذَا التَّعَلُّقَ لَمْ يَظْهَرْ فِي حَقِّ الأَجْنَبِيِّ لِحَاجَتِهِ إِلَى المُعَامَلَةِ فِي الصِّحَّةِ؛ لِأَنَّهُ لَوِ انْحَجَرَ عَنِ الإِقْرَارِ بِالْمَرَضِ يَمْتَنِعُ النَّاسُ عَنِ المُعَامَلَةِ مَعَهُ، وَقَلَّمَا تَقَعُ المُعَامَلَةُ مَعَ الوَارِثِ وَلَمْ يَظْهَرْ فِي حَقِّ الإِقْرَارِ بِوَارِثٍ آخَرَ لِحَاجَتِهِ أَيْضًا، ثُمَّ هٰذَا التَّعَلُّقُ حَقُّ بَقِيَّةِ الوَرَثَةِ، فَإِذَا صَدَّقُوهُ فَقَدْ أَبْطَلُوهُ فَيَصِحُّ إِقْرَارُهُ.

قَالَ: (وَإِنْ أَقَرَّ لِأَجْنَبِيٍّ جَازَ وَإِنْ أَحَاطَ بِمَالِهِ) لِمَا بَيَّنَّا، وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَجُوزَ إِلَّا فِي الثُّلُثِ لِأَنَّ الشَّرْعَ قَصَرَ تَصَرُّفَهُ عَلَيْهِ. إِلَّا أَنَّا نَقُولُ: لَمَّا صَحَّ إِقْرَارُهُ فِي الثُّلُثِ كَانَ لَهُ التَّصَرُّفُ فِي ثُلُثِ البَاقِي لِأَنَّهُ الثُّلُثُ بَعْدَ الدَّيْنِ ثُمَّ وَثُمَّ حَتَّىٰ يَأْتِيَ عَلَى الكُلِّ.

قَالَ: (وَمَنْ أَقَرَّ لِأَجْنَبِيٍّ ثُمَّ قَالَ: هُوَ ابْنِي ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنْهُ وَبَطَلَ إِقْرَارُهُ، فَإِنْ أَقَرَّ لِأَجْنَبِيَّةٍ ثُمَّ تَزَوَّجَهَا لَمْ يَبْطُلْ إِقْرَارُهُ لَهَا) وَوَجْهُ الفَرْقِ أَنَّ دَعْوَةَ

لحاجته إلىٰ إبقاء نسله فلا ينحجر بحقِّ الورثة كما لا ينحجر عن الإنفاق لبقاءِ نفسه، فإن قيل: لو أقرَّ لامرأته بمهرها صدق إلىٰ مهر مثلها، قلنا: لا تُهمة في حقِّ إقراره لوجوب مهر المثل، لأنَّ وجوب مهر المثل بحكم صحَّة النكاح لا بإقراره، ألا ترىٰ أنَّ عند المنازعة جعل القول قولها إلىٰ مقدار مهر مثلها، ولهذا لو أقرَّ لها زيادةً علىٰ مهر مثلها بطلت الزيادة لأنَّ وجوبُها باعتبار إقراره وهو متَّهم في حقها لأنَّها من ورثته.

قوله: فَإِنْ أَقَرَّ لِأَجْنَبِيَّةٍ ثُمَّ تَزَوَّجَهَا لَمْ يَبْطُلْ إِقْرَارُهُ لَهَا، قيَّد بالإقرار لأنه لو وَهَب لها هبة أو أوْصىٰ لها بوصيةٍ ثمَّ تزوَّجها يبطلُ، لأنَّ ذا تمليكٌ بعد الموت وهيَ وارثه

النَّسَبِ تَسْتَنِدُ إِلَىٰ وَقْتِ العُلُوقِ فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ أَقَرَّ لِابْنِهِ فَلَا يَصِحُّ، وَلَا كَذٰلِكَ الزَّوْجِيَّةُ لِأَنَّهَا تَقْتَصِرُ عَلَىٰ زَمَانِ التَّزَوُّجِ فَبَقِيَ إِقْرَارُهُ لِأَجْنَبِيَّةٍ.

قَالَ: (وَمَنْ طَلَّقَ زَوْجَتَهُ فِي مَرَضِهِ ثَلَاثًا ثُمَّ أَقَرَّ لَهَا بِدَيْنٍ فَلَهَا الأَقَلُّ مِنَ الدَّيْنِ وَمِنْ مِيرَاثِهَا مِنْهُ) لِأَنَّهُمَا مُتَّهَمَانِ فِيهِ لِقِيَامِ العِدَّةِ، وَبَابُ الإِقْرَارِ مَسْدُودٌ لِلْوَارِثِ فَلَعَلَّهُ أَقْدَمَ عَلَىٰ هٰذَا الطَّلَاقِ لِيَصِحَّ إِقْرَارُهُ لَهَا زِيَادَةً عَلَىٰ مِيرَاثِهَا وَلَا تُهْمَةَ فِي أَقَلِّ الأَمْرَيْنِ فَيَثْبُتُ.

حينئذٍ، وإذا أقرَّ المريضَ لأخيه وللمقرِّ ابن فمات الابن قبله ثمَّ مات المقرُّ فإنَّ إقراره للأخ باطلٌ، لأنَّ المريض محجورٌ عن الإقرار للوارث والأخ وارثٌ، إلَّا أنَّه محجوبٌ بالابن، فإذا زال الحاجب قبل الموت صار وارثًا بالسبب الموجود وقت الإقرار فاستند الحجر إليه، وأمَّا في الأجنبية فسبب الإرث يثبت بعد الإقرار فلا يمكن استناد الحجر إلىٰ ما قبل العلة، والله تعالىٰ أعلم.

* * *

فَصْلٌ فِي الإِقْرَار بِالنَّسَبِ

(وَمَنْ أَقَرَّ بِغُلَامٍ يُولَدُ مِثْلُهُ لِمِثْلِهِ وَلَيْسَ لَهُ نَسَبٌ مَعْرُوفٌ أَنَّهُ ابْنُهُ وَصَدَّقَهُ الغُلَامُ ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنْهُ وَإِنْ كَانَ مَرِيضًا) لِأَنَّ النَّسَبَ مِمَّا يَلْزَمُهُ خَاصَّةً فَيَصِحُّ إِقْرَارُهُ بِهِ وَشَرْطُ أَنْ يُولَدَ مِثْلُهُ لِمِثْلِهِ كَيْ لَا يَكُونَ مُكَذَّبًا فِي الظَّاهِرِ، وَشَرْطُ أَنْ لَا يَكُونَ لَهُ نَسَبٌ مَعْرُوفٌ لِأَنَّهُ يَمْنَعُ ثُبُوتَهُ مِنْ غَيْرِهِ، وَإِنَّمَا شَرَطَ تَصْدِيقِهِ لِأَنَّهُ فِي يَدِ نَفْسِهِ إِذِ المَسْأَلَةُ فِي غُلَامٍ يُعَبِّرُ عَنْ نَفْسِهِ، بِخِلَافِ الصَّغِيرِ عَلَىٰ مَا مَرَّ مِنْ قَبْلُ، وَلَا يَمْتَنِعُ بِالْمَرَضِ لِأَنَّ النَّسَبَ مِنَ الحَوَائِجِ الأَصْلِيَّةِ (وَيُشَارِكُ الوَرَثَةَ فِي المِيرَاثِ) لِأَنَّهُ لَمَّا ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنْهُ صَارَ كَالْوَارِثِ المَعْرُوفِ فَيُشَارِكُ وَرَثَتَهُ.

قَالَ: (وَيَجُوزُ إِقْرَارُ الرَّجُلِ بِالْوَالِدَيْنِ وَالْوَلَدِ وَالزَّوْجَةِ وَالْمَوْلَىٰ) لِأَنَّهُ

فصل ومن أقرَّ بغلام يولد مثله لمثله

قوله: لِأَنَّ النَّسَبَ مِمَّا يَلْزَمُهُ خَاصَّةً، قال الله تعالىٰ: ﴿ٱدْعُوهُمْ لِآبَآئِهِمْ﴾ [الأحزاب: ٥] ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٣] ولأنَّ مؤنة الولد على الأب خاصةً، فيكون إقراره به علىٰ نفسه فيقبل من غير تصديق الأمِّ.

قوله: عَلَىٰ مَا مَرَّ مِنْ قَبْلُ، أي في فصل التنازع بالأيدي من كتاب الدَّعوى.

قوله: وَيَجُوزُ إِقْرَارُ الرَّجُلِ بِالْوَالِدَيْنِ وَالْوَلَدِ وَالزَّوْجَةِ وَالْمَوْلَىٰ، أي إذا صدقوه إلَّا

أَقَرَّ بِمَا يَلْزَمُهُ وَلَيْسَ فِيهِ تَحْمِيلُ النَّسَبِ عَلَى الغَيْرِ. (وَيُقْبَلُ إِقْرَارُ المَرْأَةِ بِالْوَالِدَيْنِ وَالزَّوْجِ وَالْمَوْلَىٰ) لِمَا بَيَّنَّا (وَلَا يُقْبَلُ بِالْوَلَدِ) لِأَنَّ فِيهِ تَحْمِيلَ النَّسَبِ عَلَى الغَيْرِ وَهُوَ الزَّوْجُ لِأَنَّ النَّسَبَ مِنْهُ (إِلَّا أَنْ يُصَدِّقَهَا الزَّوْجُ) لِأَنَّ الحَقَّ لَهُ (أَوْ تَشْهَدَ بِوِلَادَتِهِ قَابِلَةٌ) لِأَنَّ قَوْلَ القَابِلَةِ فِي هٰذَا مَقْبُولٌ وَقَدْ مَرَّ فِي الطَّلَاقِ، وَقَدْ ذَكَرْنَا فِي إِقْرَارِ المَرْأَةِ تَفْصِيلًا فِي كِتَابِ

الولد إذا كان صغيرًا في يده.

قوله: وَيُقْبَلُ إِقْرَارُ المَرْأَةِ بِالْوَالِدَيْنِ، ذكر في بعض الفوائد: ينبغي أن يقال: بالوالد، لأنه يتَراءىٰ تناقضًا لأنَّ هذا الكلام يقتضي أنَّ أحدًا لو قال هذه أمِّي وصدقته يصحُّ، وذكر بعد هذا أنَّ إقرار المرأة بالولد لا يصحُّ، قلتُ: هذا ليسَ بتناقضٍ، لأنَّ الكلام ثمَّة في إقرار المرأة بالولد، وهنا في إقرارها بالوالدة، ولا مانعَ من صحة إقرارها بالوالدة، إذ ليسَ فيها إلزام النسب على الغير فيصحُّ، لكن الكلام في تصديقها فإنه يصحُّ في حالٍ، وهو ما إذا لم تكن ذات زوجٍ، ولا يصحُّ في حالٍ، وهو ما إذا كان لها زوجٌ فثبتَ أنَّ إقرار المرأة بالوالدين يصحُّ مطلقًا، وتصديقها لابنته يصحُّ في حالٍ دون حالٍ، ومثل هذا لا يعدُّ تناقضًا، وهذا واضحٌ جدًّا.

قوله: لِمَا بَيَّنَّا، أي لأنه أقرَّ بما يلزمه.

قوله: وَقَدْ مَرَّ، لأنَّ سبب ثبوت النسب من الرجل خفيٌّ وهو الوطء ولا يقف عليه غيره فيقبل فيه مجرَّد قوله، وسبب ثبوت النسب من المرأة الولادة، ويمكن أن يقفَ عليها غيرها وهي القابلة، فلم يكن مجرَّد قولها فيه حجةً.

قوله: وَقَدْ ذَكَرْنَا فِي إِقْرَارِ المَرْأَةِ تَفْصِيلًا فِي كِتَابِ الدَّعْوَىٰ، وهو ما ذكر في باب دعوى النسب أنَّها إذا كانت ذات زوجٍ لم يجز دعواها حتى تشهد امرأة على الولادة، ولو

الدَّعْوَىٰ، وَلَا بُدَّ مِنْ تَصْدِيقِ هٰؤُلَاءِ، وَيَصِحُّ التَّصْدِيقُ فِي النَّسَبِ بَعْدَ مَوْتِ المُقِرِّ لِأَنَّ النَّسَبَ يَبْقَىٰ بَعْدَ المَوْتِ، وَكَذَا تَصْدِيقُ الزَّوْجَةِ لِأَنَّ حُكْمَ النِّكَاحِ بَاقٍ، وَكَذَا تَصْدِيقُ الزَّوْجِ بَعْدَ مَوْتِهَا لِأَنَّ الإِرْثَ مِنْ أَحْكَامِهِ. وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - لَا يَصِحُّ لِأَنَّ النِّكَاحَ انْقَطَعَ بِالْمَوْتِ وَلِهٰذَا لَا يَحِلُّ لَهُ غُسْلُهَا عِنْدَنَا، وَلَا يَصِحُّ التَّصْدِيقُ عَلَى اعْتِبَارِ

كانت معتدةً فلا بُدَّ من حجةٍ تامةٍ عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، وإن لم تكن منكوحةً ولا معتدةً قالوا يثبت النسب منها بقولها.

قوله: لِأَنَّ حُكْمَ النِّكَاحِ بَاقٍ، لأنه مالكٌ فبقي ملكه إلى انقضاء العدَّة، ولهذا حلَّ لها أن تغسله فاعتبر تصديقها، بخلاف جانبها لأنَّها مملوكةٌ وذا حقٌّ عليها.

قوله: وَكَذَا - يصحُّ - تَصْدِيقُ الزَّوْجِ بَعْدَ مَوْتِهَا، لِأَنَّ الإِرْثَ مِنْ أَحْكَامِهِ، وهذا لأنَّ النكاح ينتهي بالموت ولا يبطل كالنَّسب على السواء، والمنتهي متقرِّرٌ في نفسه فيصحُّ التصديق، وهذا لأنَّ التصديق قد وُجد والإقرار قائمٌ لأنَّ التكذيب من المقرِّ لم يوجد، والمقرُّ به وهو النكاح يبقىٰ بعد موتِها في حقِّ الميراث لو ثبتَ النكاح معاينةً، فكذا إذا كان بإقراره يبقىٰ بعد موتِها في حقِّ الميراث أيضًا، وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ لا يصحُّ لأنَّ النكاح انقطع بالموت، وأمَّا الإرث فحكمٌ يثبتُ بعد الموت والنكاح إنَّما ينتهي في حقِّ حكمٍ كان قبل الموت ولا يصحُّ التصديق على اعتبار الإرث، لأنَّ الإرثَ لم يكن مستحقًّا وقت الإقرار وإنَّما يستحقُّ بعد الموت، والتصديقُ إذا صحَّ يستند إلىٰ وقت الإقرار وتلك الحالة ليست بحالة جريان الإرث فلا يمكن اعتبار التصديق باعتباراتٍ ستحدثُ، فإن قيل: إذا أقرَّ رجلٌ لرجلٍ بعبدٍ فمات العبد وترك كسبًا اكتسبه بعد الإقرار ثمَّ صدقه المقرُّ له استحقَّ الكسب والإرث في مسئلتنا كذلك، قلنا: إنَّ الكسب يقع ملكًا من الابتداء لمالك

الإِرْثِ لِأَنَّهُ مَعْدُومٌ حَالَةَ الإِقْرَارِ، وَإِنَّمَا يَثْبُتُ بَعْدَ المَوْتِ وَالتَّصْدِيقُ يَسْتَنِدُ إِلَىٰ أَوَّلِ الإِقْرَارِ.

قَالَ: (وَمَنْ أَقَرَّ بِنَسَبٍ مِنْ غَيْرِ الوَالِدَيْنِ وَالْوَلَدِ نَحْوَ الأَخِ وَالْعَمِّ لَا يُقْبَلُ إِقْرَارُهُ فِي النَّسَبِ) لِأَنَّ فِيهِ حَمْلَ النَّسَبِ عَلَى الغَيْرِ (فَإِنْ كَانَ لَهُ وَارِثٌ مَعْرُوفٌ قَرِيبٌ أَوْ بَعِيدٌ فَهُوَ أَوْلَىٰ بِالْمِيرَاثِ مِنَ المُقَرِّ لَهُ) لِأَنَّهُ لَمَّا لَمْ يَثْبُتْ نَسَبُهُ مِنْهُ لَا يُزَاحِمُ الوَارِثَ المَعْرُوفَ (وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَارِثٌ اسْتَحَقَّ المُقَرُّ لَهُ مِيرَاثَهُ) لِأَنَّ لَهُ وِلَايَةَ التَّصَرُّفِ فِي مَالِ نَفْسِهِ عِنْدَ عَدَمِ الوَارِثِ؛ أَلَا يُرَىٰ أَنَّ لَهُ أَنْ يُوصِيَ بِجَمِيعِهِ فَيَسْتَحِقَّ جَمِيعَ المَالِ وَإِنْ لَمْ يَثْبُتْ نَسَبُهُ مِنْهُ لِمَا فِيهِ مِنْ حَمْلِ النَّسَبِ عَلَى الغَيْرِ، وَلَيْسَتْ هٰذِهِ وَصِيَّةً حَقِيقَةً حَتَّىٰ أَنَّ مَنْ أَقَرَّ بِأَخٍ ثُمَّ أَوْصَىٰ لِآخَرَ بِجَمِيعِ مَالِهِ كَانَ لِلْمُوصَىٰ لَهُ ثُلُثُ جَمِيعِ المَالِ خَاصَّةً، وَلَوْ كَانَ الأَوَّلُ وَصِيَّةً لَاشْتَرَكَا

الرقبة لأنه في حكم المنفعة، ومن ملكَ رقبة ملك منافعها حكمًا لها فيصير الإقرار بالعبد إقرارًا بأنَّ الكسب للمقرِّ له فيصير قيامه بمنزلة قيام العبد، فأمَّا الإرث فإنَّما يثبت بعد موت المرأة علىٰ سبيل الخلافة عنها بسبب الزوجية لا بحكم الإقرار، والمستحقُّ عليها بالنكاح يفوت بموتِها فيبقىٰ تصديقه ذلك دعوىٰ إرثٍ مبتدأٍ.

قوله: قَرِيبٌ أَوْ بَعِيدٌ، نحو أن يقرَّ بأخٍ وله عمَّةٌ أو خالةٌ فالإرث لهما دونه، لأنه لا يملك إبطال حقِّهما في الإرث بصرفه إلى الغير ولا يكون له الثلث وإن ملك الإيجاب بطريق الوصية، لأنه ما أَوْجَب وصيةً إنَّما أَوْجَب إرثًا، إلَّا أنَّا اعتبرناه وصيةً في حقِّ التنفيذ إذا لم يكن ثمَّة وارثٌ لأنه ليسَ فيه إبطال حقِّ الغير فورَث.

نِصْفَيْنِ لٰكِنَّهُ بِمَنْزِلَتِهِ، حَتَّىٰ لَوْ أَقَرَّ فِي مَرَضِهِ بِأَخٍ وَصَدَّقَهُ المُقَرُّ لَهُ ثُمَّ أَنْكَرَ المُقِرُّ وِرَاثَتَهُ ثُمَّ أَوْصَىٰ بِمَالِهِ كُلِّهِ لِإِنْسَانٍ كَانَ مَالُهُ لِلْمُوصَىٰ لَهُ؛ وَلَوْ لَمْ يُوصِ لِأَحَدٍ كَانَ لِبَيْتِ المَالِ، لِأَنَّ رُجُوعَهُ صَحِيحٌ لِأَنَّ النَّسَبَ لَمْ يَثْبُتْ فَبَطَلَ إِقْرَارُهُ.

قَالَ: (وَمَنْ مَاتَ أَبُوهُ فَأَقَرَّ بِأَخٍ لَمْ يَثْبُتْ نَسَبُ أَخِيهِ) لِمَا بَيَّنَّا (وَيُشَارِكُهُ فِي الإِرْثِ) لِأَنَّ إِقْرَارَهُ تَضَمَّنَ شَيْئَيْنِ: حَمْلَ النَّسَبِ عَلَى الغَيْرِ وَلَا وِلَايَةَ لَهُ عَلَيْهِ، وَالِاشْتِرَاكَ فِي المَالِ وَلَهُ فِيهِ وِلَايَةٌ فَيَثْبُتُ كَالْمُشْتَرِي، وَإِذَا أَقَرَّ عَلَى البَائِعِ بِالْعِتْقِ لَمْ يُقْبَلْ إِقْرَارُهُ حَتَّىٰ لَا يَرْجِعَ عَلَيْهِ بِالثَّمَنِ وَلٰكِنَّهُ يُقْبَلُ فِي حَقِّ العِتْقِ.

قَالَ: (وَمَنْ مَاتَ وَتَرَكَ ابْنَيْنِ وَلَهُ عَلَىٰ آخَرَ مِائَةُ دِرْهَمٍ فَأَقَرَّ أَحَدُهُمَا أَنَّ أَبُوهُ قَبَضَ مِنْهَا خَمْسِينَ لَا شَيْءَ لِلْمُقِرِّ وَلِلْآخَرِ خَمْسُونَ) لِأَنَّ هٰذَا إِقْرَارٌ بِالدَّيْنِ عَلَى المَيِّتِ لِأَنَّ الِاسْتِيفَاءَ إِنَّمَا يَكُونُ بِقَبْضٍ مَضْمُونٍ، فَإِذَا كَذَّبَهُ أَخُوهُ اسْتَغْرَقَ الدَّيْنُ نَصِيبَهُ كَمَا هُوَ المَذْهَبُ عِنْدَنَا، غَايَةَ الأَمْرِ أَنَّهُمَا تَصَادَقَا ....

قوله: لِأَنَّ هٰذَا إِقْرَارٌ بِالدَّيْنِ عَلَى المَيِّتِ لِأَنَّ الِاسْتِيفَاءَ إِنَّمَا يَكُونُ بِقَبْضٍ مَضْمُونٍ، أي لأنَّ قبض الدين إنَّما يكون لقبض عينٍ مضمونٍ حتَّىٰ يصير دينًا فيتقاصَّان.

قوله: كَمَا هُوَ المَذْهَبُ عِنْدَنَا، خلافًا للشافعي رحمه الله تعالىٰ، فعنده يشيع في النصفين.

عَلَىٰ كَوْنِ المَقْبُوضِ مُشْتَرَكًا بَيْنَهُمَا، لٰكِنَّ المُقِرَّ لَوْ رَجَعَ عَلَى القَابِضِ بِشَيْءٍ لَرَجَعَ القَابِضُ عَلَى الغَرِيمِ وَرَجَعَ الغَرِيمُ عَلَى المُقِرِّ فَيُؤَدِّي إِلَى الدَّوْرِ.

قوله: عَلَىٰ كَوْنِ المَقْبُوضِ مُشْتَرَكًا، أي علىٰ كون الخمسين التي يقبضها غير المقرِّ مشتركًا بينهما، أمَّا غير المقرِّ فإنه يقول الكلُّ مشترك فيكون مقرًّا بكون ما قبضه مشتركًا، وأمَّا المقرُّ فإنه يزعم أنَّ الدَّين بِهذا المقدار وهو مشتركٌ.

قوله: وَرَجَعَ الغَرِيمُ عَلَى المُقِرِّ، لانتقاض المقاصَّة في ذلك القدر وبقائه دينًا على الميِّت، والدَّين مقدَّمٌ على الإرث فيؤدِّي إلى الدَّور، والله تعالىٰ أعلم.

* * *

كِتَابُ الصُّلْحِ

قَالَ: (الصُّلْحُ عَلَىٰ ثَلَاثَةِ أَضْرُبٍ: صُلْحٌ مَعَ إِقْرَارٍ، وَصُلْحٌ مَعَ سُكُوتٍ، وَهُوَ أَنْ لَا يُقِرَّ الْمُدَّعَىٰ عَلَيْهِ وَلَا يُنْكِرَ وَصُلْحٌ مَعَ إِنْكَارٍ وَكُلُّ ذٰلِكَ جَائِزٌ) لِإِطْلَاقِ قَوْلِهِ تَعَالَىٰ ﴿وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾ [النساء: ١٢٨] وَلِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ -: «كُلُّ صُلْحٍ جَائِزٌ فِيمَا بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ إِلَّا صُلْحًا

كتابُ الصلح

وهو اسمٌ بمعنى المصالحة، وهو خلاف المخاصمة، وأصله من الصلاح وهو استقامة الحال، وفي الشريعة عبارةٌ عن عقد يرفع النِّزاع، وركنه الإيجاب والقبول، وشرطه أن يكون البدل أي المصالح عليه مالاً معلومًا إن احتيج إلىٰ قبضه، وإلَّا لا تشترط معلوميته، فإنَّ من ادَّعىٰ حقًّا في دارٍ وادَّعى المدَّعىٰ عليه قبله حقًّا في حانوته فصالحا علىٰ أن يترك كلَّ واحد منهما دعواه قبل صاحبه صحَّ وإن لم يبيِّن كل واحد منهما مقدار حقه، لأنَّ جهالة الساقط لا تفضي إلى المنازعة، وحكمه وقوع البَراءة عن دعوى المدَّعي، وجوازه ثَبتَ بقوله تعالىٰ: ﴿وَٱلصُّلۡحُ خَيۡرٞۗ﴾ [النساء: ١٢٨] عرفه بالألف واللام فيقتضي أن يكونَ كلُّ صلحٍ خيرًا وكلّ خيرٍ مشروعٌ، وقوله عليه الصلاة والسلام: «كل صلح جائزٌ فيما بين المسلمين» الحديث، وانعقد الإجماع علىٰ جوازه، وهو علىٰ ثلاثة أضربٍ، لأنَّ المدَّعىٰ عليه عند دعوى المدَّعي أجاب أوَّلاً، فإن أجاب فلا يخلو إمَّا أن يقرَّ أو لا يقرَّ وهو الإنكار، فإن لم يجب فهو السكوت، وإنَّما لم يتنوع السكوت لأنَّ السكوت عبارةٌ عن عدم الجواب، والعدم لا يتنوَّع.

أَحَلَّ حَرَامًا أَوْ حَرَّمَ حَلَالًا» وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يَجُوزُ مَعَ إِنْكَارٍ أَوْ سُكُوتٍ لِمَا رَوَيْنَا، وَهٰذَا بِهٰذِهِ الصِّفَةِ لِأَنَّ البَدَلَ كَانَ حَلَالًا عَلَى الدَّافِعِ حَرَامًا عَلَى الآخِذِ فَيَنْقَلِبُ الأَمْرُ، وَلِأَنَّ المُدَّعَىٰ عَلَيْهِ يَدْفَعُ المَالَ لِقَطْعِ الخُصُومَةِ وَهٰذَا رِشْوَةٌ. وَلَنَا مَا تَلَوْنَا، وَأَوَّلُ مَا رَوَيْنَا، وَتَأْوِيلُ آخِرِهِ أَحَلَّ حَرَامًا لِعَيْنِهِ كَالْخَمْرِ أَوْ حَرَّمَ حَلَالًا لِعَيْنِهِ كَالصُّلْحِ عَلَىٰ أَنْ لَا

قوله: وَهٰذَا بِهٰذِهِ الصِّفَةِ، لِأَنَّ البَدَلَ كَانَ حَلَالًا عَلَى الدَّافِعِ حَرَامًا عَلَى الآخِذِ، أي إذا كان مبطلاً في دعواه أحلَّ بالصلح، فهذا صلحٌ أحلَّ حرامًا وحرم المالَ المدفوعَ على الدَّافع وكان حلالاً له قبل الصلح، ولكن نقول: ليس المراد هذا فإنَّ الصلح عن الإقرار لا يخلو عن هذا أيضًا، لأنَّ الصلح في العادة يقع علىٰ بعض الحق، فما زاد على المأخوذ إلىٰ تمام الحق كان حقًّا للمدَّعي أخذه قبل الصلح وكان حرامًا على المدَّعىٰ عليه منعه وحلَّ بالصلح منعه وحرم أخذه، فكان تأويله: أحلَّ حرامًا لعينه كالصلح على الخمر والخنزير فالصلح عليه بمنزلة الإحلال، وكالصلح مع إحدى امرأتيه أن لا يطأ ضرَّتَها والحمل علىٰ هذا التأويل أوْلىٰ لأنَّ الحرام المطلق والحلال المطلق ما كان لعينه ما كان لغيره.

قوله: وَلَنَا مَا تَلَوْنَا، وهو قوله تعالىٰ: ﴿وَٱلصُّلْحُ خَيْرٌ﴾ وهذا صلحٌ، فإن قيل: ينبغي أن يصرف إلى المعهود السابق وهو أن يصالحا بينهما صلحًا، سيقت الآية للصُّلح بين الزوجين لأنَّ المنكر إذا أعيد معرفًا كان الثاني عين الأوَّل، كما في قوله تعالى: ﴿فَعَصَىٰ فِرْعَوْنُ ٱلرَّسُولَ﴾ [المزمل: ١٦] قلنا: خرج مخرج التعليل لِمَا سبق ذكره، كأنه قال: صالحوا لأنَّ الصلح خيرٌ، والعلة لا تتقيَّد بمحل الحكم الذي علَّل فيه، بل أيْنَما وجدت العلة يتبعها حكمها، وهذا لأنه لو حمل على الجنس يدخل فيه المعهود وغيره، ولو حمل على المعهود يقتصر عليه فكان حمله على الجنس أحقُّ، كما في قوله تعالىٰ: ﴿وَٱللَّهُ يَعْلَمُ ٱلْمُفْسِدَ

يَطَأَ الضَّرَّةَ، وَلِأَنَّ هٰذَا صُلْحٌ بَعْدَ دَعْوَىٰ صَحِيحَةٍ فَيُقْضَىٰ بِجَوَازِهِ لِأَنَّ الْمُدَّعِيَ يَأْخُذُهُ عِوَضًا عَنْ حَقِّهِ فِي زَعْمِهِ وَهٰذَا مَشْرُوعٌ، وَالْمُدَّعَىٰ عَلَيْهِ يَدْفَعُهُ لِدَفْعِ الخُصُومَةِ عَنْ نَفْسِهِ وَهٰذَا مَشْرُوعٌ أَيْضًا، إِذِ المَالُ وِقَايَةُ الأَنْفُسِ، وَدَفْعُ الرِّشْوَةِ لِدَفْعِ الظُّلْمِ أَمْرٌ جَائِزٌ.

قَالَ: (فَإِنْ وَقَعَ الصُّلْحُ عَنْ إِقْرَارٍ اُعْتُبِرَ فِيهِ مَا يُعْتَبَرُ فِي البِيَاعَاتِ إِنْ وَقَعَ عَنْ مَالٍ بِمَالٍ) لِوُجُودِ مَعْنَى البَيْعِ وَهُوَ مُبَادَلَةُ المَالِ بِالْمَالِ فِي حَقِّ المُتَعَاقِدَيْنِ بِتَرَاضِيهِمَا (فَتُجْرِي فِيهِ الشُّفْعَةَ إِذَا كَانَ عَقَارًا، وَيُرَدُّ بِالْعَيْبِ، وَيَثْبُتُ فِيهِ خِيَارُ الرُّؤْيَةِ وَالشَّرْطِ، وَيُفْسِدُهُ جَهَالَةُ البَدَلِ) لِأَنَّهَا هِيَ المُفْضِيَةُ إِلَى المُنَازَعَةِ دُونَ جَهَالَةِ المَصَالِحِ عَنْهُ لِأَنَّهُ

مِنَ ٱلْمُصْلِحِۚ﴾ [البقرة: ٢٢٠] أي جميع المفسدين والمصلحين لا المعهود فحسبُ، وكذا قوله تعالىٰ: ﴿وَإِذَا فَعَلُواْ فَٰحِشَةً﴾ الآية، ثمَّ قال: ﴿قُلْ إِنَّ ٱللَّهَ لَا يَأْمُرُ بِٱلْفَحْشَآءِۖ﴾ [الأعراف: ٢٨] أي لا يأمرُ بجميع أنواع الفواحش لا المعهود فقط، فإن قيل: المدَّعىٰ عليه إنَّما يبذل المالَ ليدفع به خصومة المدَّعي عن نفسه، والمدَّعي إنَّما يأخذه ليكفَّ عن الخصومة معه بغير حجةٍ وخصومته بغير حجةٍ ظلمٌ منه شرعًا، وأخذ المال ليكفَّ عن الظلم رشوةٌ، وهي حرامٌ لقوله عليه الصلاة والسلام: «لَعَن الله الراشي والمرتشي»، قلنا: دفع الرشوة لدفع الظلم أمرٌ جائزٌ، وإنَّما حرم لو دفع الرشوة ليظلم غيره علىٰ أنه إنَّما يكون رشوةً إذا أخذ الآخذ بالجهة التي يدفعه الدافع إليه، وهو يأخذه بجهة الاعتياض عن حقِّه، فلا يكون رشوةً.

قوله: لِأَنَّهَا هِيَ المُفْضِيَةُ إِلَى المُنَازَعَةِ، لأنه يحتاج إلىٰ قبضه فلا بُدَّ من إعلامه

يَسْقُطُ وَيُشْتَرَطُ القُدْرَةُ عَلَىٰ تَسْلِيمِ البَدَلِ (وَإِنْ وَقَعَ عَنْ مَالٍ بِمَنَافِعَ يُعْتَبَرُ بِالْإِجَارَاتِ) لِوُجُودِ مَعْنَى الإِجَارَةِ وَهُوَ تَمْلِيكُ المَنَافِعِ بِمَالٍ

علىٰ وجهٍ لا يبقىٰ فيه منازعة بينهما، فلهذا لا يثبت الحيوان فيه دينًا في الذمَّة، ولا يثبت الثياب فيه دينًا في الذمة إلا موصوفًا مؤجَّلًا، كما في السلم.

قوله: وَيُشْتَرَطُ القُدْرَةُ عَلَىٰ تَسْلِيمِ البَدَلِ، حتَّىٰ لو صالح علىٰ عبدٍ آبقٍ لا يصحُّ، كذا في النهاية.

قوله: وَإِنْ وَقَعَ عَنْ مَالٍ بِمَنَافِعَ يُعْتَبَرُ بِالْإِجَارَاتِ، فكلُّ منفعةٍ يجوز استحقاقها بعقد الإجارة يجوز استحقاقها بعقد الصلح، وما لا فلا، حتَّىٰ أنه لو صالحَ علىٰ سكنىٰ بيتٍ بعينه إلىٰ مدَّةٍ معلومةٍ جازَ، وإن قال: أبدًا، أو حتَّىٰ يموت لا يجوز، وكذلك إن صالح علىٰ أن يزرع أرضًا له بعينها سنتين مسماةً يجوز، وبدون بيان المدَّة لا يجوز، كما في الإجارة، ثمَّ اعتبار الصلح عن مالٍ بمنافع بالإجارة على الإطلاق قولُ محمدٍ رحمه الله تعالىٰ، حتَّىٰ فسد الصلح بِهلاك المدَّعي أو المدَّعىٰ عليه، أو محل المنفعة، سواءٌ هلكَ بنفسه أو أتلفه أحدٌ وضمن قيمته إن كان قبل استيفاء المنفعة ورجع المدَّعي علىٰ جميع دعواه، إلَّا إذا استوفىٰ شيئًا من المنفعة فيبطلُ دعواه بقدر ما استوفاه، وهذا لأنَّ محمدًا رحمه الله تعالىٰ جعل هذا الصلحَ بمنزلة الإجارة، والإجارة تبطل بموت المؤجر والمستأجر وهلاك محل المنفعة ببدلٍ أو بغير بدلٍ، فكذلك الصلح، وعند أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ ليسَ الصلح كالإجارة من كل وجهٍ، حتَّىٰ لو ادَّعىٰ دارًا ثمَّ صالح عنها علىٰ سكنى دارٍ، أو خدمة عبدٍ سنةً، أو ركوب هذه الدابة إلىٰ بغداد، أو لبس هذا الثوب شهرًا، ثمَّ هلك المدَّعي أو المدَّعىٰ عليه أو محل المنفعة قبل الاستيفاء بطلَ الصُّلح قياسًا، وهو قولُ محمد رحمه الله تعالىٰ فيعودُ علىٰ رأس الدَّعوىٰ، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالىٰ: إن مات المدَّعىٰ عليه لا يبطل الصلحُ والمدَّعي يستوفيه، وإن مات المدَّعي فكذلك في خدمة

وَالِاعْتِبَارُ فِي الْعُقُودِ لِمَعَانِيهَا فَيُشْتَرَطُ التَّوْقِيتُ فِيهَا، وَيَبْطُلُ الصُّلْحُ بِمَوْتِ أَحَدِهِمَا فِي الْمُدَّةِ لِأَنَّهُ إجَارَةٌ (وَالصُّلْحُ عَنِ السُّكُوتِ وَالْإِنْكَارِ فِي حَقِّ الْمُدَّعَىٰ عَلَيْهِ لِافْتِدَاءِ الْيَمِينِ وَقَطْعِ الْخُصُومَةِ وَفِي حَقِّ الْمُدَّعَىٰ بِمَعْنَى الْمُعَاوَضَةِ) لِمَا بَيَّنَّا (وَيَجُوزُ أَنْ يَخْتَلِفَ حُكْمُ الْعَقْدِ فِي حَقِّهِمَا كَمَا يَخْتَلِفُ حُكْمُ الْإِقَالَةِ فِي حَقِّ الْمُتَعَاقِدَيْنِ وَغَيْرِهِمَا) وَهٰذَا فِي الْإِنْكَارِ ظَاهِرٌ، وَكَذَا فِي السُّكُوتِ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ الْإِقْرَارَ وَالْجُحُودَ فَلَا يَثْبُتُ كَوْنُهُ عِوَضًا فِي حَقِّهِ بِالشَّكِّ.

قَالَ: (وَإِذَا صَالَحَ عَنْ دَارٍ لَمْ يَجِبْ فِيهَا الشُّفْعَةُ) مَعْنَاهُ إِذَا كَانَ عَنْ إِنْكَارٍ أَوْ سُكُوتٍ لِأَنَّهُ يَأْخُذُهَا عَلَىٰ أَصْلِ حَقِّهِ وَيَدْفَعُ الْمَالَ دَفْعًا لِخُصُومَةِ الْمُدَّعِي وَزَعْمُ الْمُدَّعِي لَا يَلْزَمُهُ. بِخِلَافِ مَا إِذَا صَالَحَ عَلَىٰ دَارٍ حَيْثُ

العبد وسكنى الدار والوارث يقوم مقامه ويصل في ركوب الدابة ولبس الثوب، لأن الصلح لقطع المنازعة، وفي إبطال الصلح بموت أحدهما إعادة المنازعة بينهما والناس يتفاوتون في الركوب واللُّبس فلا يقوم الوارث فيه مقام المعقود للضرر الذي يلحق المالك. فيفوت المعقود عليه فيبطل ضرورة.

قوله: (والاعتبار في العقود لمعانيها) كالهبة بشرط العوض بيع، والكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة، والحوالة بشرط مطالبة الأصيل كفالة.

قوله: (كما يختلف حكم الإقالة) هي فسخ في حق المتعاقدين، بيع جديد في حق الثالث.

قوله: (لأنه يأخذها على أصل حقه) أي في زعمه في يده بملكه كما كان.

يَجِبُ فِيهَا الشُّفْعَةُ لِأَنَّ المُدَّعِيَ يَأْخُذُهَا عِوَضًا عَنِ المَالِ فَكَانَ مُعَاوَضَةً فِي حَقِّهِ فَتَلْزَمُهُ الشُّفْعَةُ بِإِقْرَارِهِ وَإِنْ كَانَ المُدَّعَىٰ عَلَيْهِ يُكَذِّبُهُ.

قَالَ: (وَإِذَا كَانَ الصُّلْحُ عَنْ إِقْرَارٍ وَاسْتَحَقَّ بَعْضَ المَصَالِحِ عَنْهُ رَجَعَ المُدَّعَىٰ عَلَيْهِ بِحِصَّةِ ذٰلِكَ مِنَ العِوَضِ) لِأَنَّهُ مُعَاوَضَةٌ مُطْلَقَةٌ كَالْبَيْعِ وَحُكْمِ الِاسْتِحْقَاقِ فِي البَيْعِ هٰذَا (وَإِنْ وَقَعَ الصُّلْحُ عَنْ سُكُوتٍ أَوْ إِنْكَارٍ فَاسْتَحَقَّ المُتَنَازَعَ فِيهِ رَجَعَ المُدَّعِي بِالْخُصُومَةِ وَرَدَّ العِوَضَ) لِأَنَّ المُدَّعَىٰ عَلَيْهِ مَا بَذَلَ العِوَضَ إِلَّا لِيَدْفَعَ خُصُومَتَهُ عَنْ نَفْسِهِ، فَإِذَا ظَهَرَ الِاسْتِحْقَاقُ تَبَيَّنَ أَنْ لَا خُصُومَةَ لَهُ فَيَبْقَى العِوَضُ فِي يَدِهِ غَيْرَ مُشْتَمِلٍ عَلَىٰ غَرَضِهِ فَيَسْتَرِدُّهُ، وَإِنِ اسْتَحَقَّ بَعْضَ ذٰلِكَ رَدَّ حِصَّتَهُ وَرَجَعَ بِالْخُصُومَةِ فِيهِ لِأَنَّهُ خَلَا العِوَضُ فِي هٰذَا القَدْرِ عَنِ الغَرَضِ. وَلَوِ اسْتَحَقَّ المُصَالَحَ عَلَيْهِ عَنْ إِقْرَارٍ رَجَعَ بِكُلِّ المُصَالَحِ عَنْهُ لِأَنَّهُ

قوله: فَتَلْزَمُهُ الشُّفْعَةُ بِإِقْرَارِهِ، كأنه قال: اشتَريتُها من المدَّعىٰ عليه وهو منكرٌ.

قوله: فَيَبْقَى العِوَضُ - أي بدل الصلح - فِي يَدِهِ - أي في يد المدَّعي - غَيْرَ مُشْتَمِلٍ عَلَىٰ غَرَضِهِ، أي غرض المدَّعىٰ عليه، لأنَّ غرضه بقاء الدَّار علىٰ ملك المدَّعىٰ عليه من غير خصومة خصمٍ فيها.

قوله: رَجَعَ بِكُلِّ المُصَالَحِ عَنْهُ، هذا إذا كان بدل الصلح عينًا ولم يجز المستحق الصلحَ، فلو أجاز سلم العين للمدَّعي ورجع المستحقُّ بقيمته على المدَّعىٰ عليه إن كان من ذوات القيم، وإن كان بدل الصلح دينًا كالدَّراهم والدَّنانير والمكيل والموزون بغير

مُبَادَلَةٌ، وَإِنِ اسْتَحَقَّ بَعْضَهُ رَجَعَ بِحِصَّتِهِ. وَإِنْ كَانَ الصُّلْحُ عَنْ إِنْكَارٍ أَوْ سُكُوتٍ رَجَعَ إِلَى الدَّعْوَىٰ فِي كُلِّهِ أَوْ بِقَدْرِ المُسْتَحَقِّ إِذَا اسْتَحَقَّ بَعْضَهُ لِأَنَّ المُبْدَلَ فِيهِ هُوَ الدَّعْوَىٰ، وَهٰذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَ مِنْهُ عَلَى الإِنْكَارِ شَيْئًا حَيْثُ يَرْجِعُ بِالْمُدَّعَىٰ لِأَنَّ الإِقْدَامَ عَلَى البَيْعِ إِقْرَارٌ مِنْهُ بِالْحَقِّ لَهُ، وَلَا كَذٰلِكَ الصُّلْحُ لِأَنَّهُ قَدْ يَقَعُ لِدَفْعِ الخُصُومَةِ، وَلَوْ هَلَكَ بَدَلُ الصُّلْحِ قَبْلَ التَّسْلِيمِ فَالْجَوَابُ فِيهِ كَالْجَوَابِ فِي الِاسْتِحْقَاقِ فِي الفَصْلَيْنِ.

قَالَ: (وَإِنِ ادَّعَىٰ حَقًّا فِي دَارٍ وَلَمْ يُبَيِّنْهُ فَصُولِحَ مِنْ ذٰلِكَ ثُمَّ اسْتَحَقَّ بَعْضَ الدَّارِ لَمْ يَرُدَّ شَيْئًا مِنَ العِوَضِ لِأَنَّ دَعْوَاهُ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ فِيمَا بَقِيَ) بِخِلَافِ مَا إِذَا اسْتَحَقَّ كُلَّهُ لِأَنَّهُ يَعْرَى العِوَضُ عِنْدَ ذٰلِكَ عَنْ شَيْءٍ يُقَابِلُهُ فَيَرْجِعُ بِكُلِّهِ عَلَىٰ مَا قَدَّمْنَاهُ فِي البُيُوعِ ....

أعيانِهما أو ثيابٍ موصوفةٍ مؤجَّلةٍ لا يبطل الصلح بالاستحقاق ولكنه يرجع بمثله، لأنه بالاستحقاق يبطل الاستيفاء فصار كأنَّه لم يستوفِ بعد، كذا في شرح الطحاوي.

قوله: بَاعَ مِنْهُ عَلَى الإِنْكَارِ، وصورته ادَّعىٰ علىٰ آخرٍ دارًا مثلًا وأنكر المدَّعىٰ عليه ثمَّ صالح من هذه الدَّعوىٰ علىٰ عبدٍ بلفظ البيع بأن قال المدَّعىٰ عليه للمدَّعي: بعتُ منك هذا العبد بِهذه الدار، صحَّ الصلح، وهذا إقرار منه لو استحقَّ العبد يرجع المدَّعي على المدَّعىٰ عليه بالدار لا بالدَّعوىٰ.

قوله: كَالْجَوَابِ فِي الِاسْتِحْقَاقِ فِي الفَصْلَيْنِ، أي فَصْلَي الإقرار والإنكار.

قوله: عَلَىٰ مَا قَدَّمْنَاهُ فِي البُيُوعِ، أي في آخر باب الاستحقاق من كتاب البيوع.

وَلَوِ ادَّعَىٰ دَارًا فَصَالَحَهُ عَلَىٰ قِطْعَةٍ مِنْهَا لَمْ يَصِحَّ الصُّلْحُ لِأَنَّ مَا قَبَضَهُ مِنْ عَيْنِ حَقِّهِ وَهُوَ عَلَىٰ دَعْوَاهُ فِي البَاقِي. وَالْوَجْهُ فِيهِ أَحَدُ أَمْرَيْنِ: إِمَّا أَنْ يَزِيدَ دِرْهَمًا فِي بَدَلِ الصُّلْحِ فَيَصِيرَ ذٰلِكَ عِوَضًا عَنْ حَقِّهِ فِيمَا بَقِيَ، أَوْ يَلْحَقَ بِهِ ذِكْرُ البَرَاءَةِ عَنْ دَعْوَى البَاقِي.

قوله: وَلَوِ ادَّعَىٰ دَارًا فَصَالَحَهُ عَلَىٰ قِطْعَةٍ مِنْهَا لَمْ يَصِحَّ الصُّلْحُ، هذا جوابُ غير ظاهر الرواية، وأمَّا في ظاهر الرواية فإنه يصحُّ، وفي الذخيرة: رجل ادَّعىٰ دارًا في يد رجل واصطلحا علىٰ بيتٍ معلوم من الدار فهذا علىٰ وجهين: إن وقع الصلح علىٰ بيت معلوم من دارٍ أخرىٰ للمدَّعىٰ عليه فهو جائزٌ، وإن وقع علىٰ بيتٍ معلوم من الدار التي وقع فيها الدَّعوىٰ فذلك الصلح جائزٌ، لأنَّ في زعم المدَّعي أنه أخذ بعض حقِّه وترك البعضَ، وفي زعم المدَّعىٰ عليه أنه فدىً عن يمينه، فإذا جاز هذا الصلح هل تسمع دعوى المدَّعي بعد ذلك؟ وهل تقبل بينته على باقي الدار فيما وقع الصلح علىٰ بيت من دار أخرىٰ؟ لا تسمع دعواه باتفاق الروايات، لأنَّ هذا معاوضة باعتبار جانب المدَّعي فكأنه باع ما ادَّعىٰ بما أخذ وفيما وقعَ علىٰ بيتٍ من هذه الدار، ذكر الشيخ الإمام نجم الدين النسفي رحمه الله تعالىٰ في شرح الكافي أنه تسمعُ دعواه، وذكر شيخ الإسلام في شرحه أنه لا تسمع، وجه من قال أنَّ المدَّعي بِهذا الصلح استوفى بعض حقِّه وأبرأ عن الباقي إلَّا أنَّ الإبراء عن الأعيان باطلٌ فصار وجوده وعدمه بمنزلةٍ، وجه ظاهر الروايات أنَّ الإبراء لاقىٰ عينًا ودعوًى، فإنَّ المدَّعي كان يدعي جميع الدار لنفسه، والإبراء عن الدَّعوىٰ صحيحٌ وإن كان الإبراء عن العين لا يصحُّ، فإنَّ من قال لغيره: أبرأتك عن دعوىٰ هذه العين يصحُّ الإبراء، حتَّىٰ لو ادَّعىٰ بعد ذلك لا تسمع.

قوله: أَوْ يَلْحَقَ بِهِ ذِكْرُ البَرَاءَةِ عَنْ دَعْوَى البَاقِي، لأنَّ الإبراء عن دعوى العين يصحُّ، والله تعالىٰ أعلم.

فَصْلٌ: فِي بَيَانِ مَا يَجُوزُ عَنْهُ الصُّلح، وَمَا لَا يَجُوز

(وَالصُّلْحُ جَائِزٌ عَنْ دَعْوَى الأَمْوَالِ) لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى البَيْعِ عَلَىٰ مَا مَرَّ.

قَالَ: (وَالْمَنَافِعُ) لِأَنَّهَا تُمْلَكُ بِعَقْدِ الإِجَارَةِ فَكَذَا بِالصُّلْحِ وَالْأَصْلُ فِيهِ أَنَّ الصُّلْحَ يَجِبُ حَمْلُهُ عَلَىٰ أَقْرَبِ العُقُودِ إِلَيْهِ وَأَشْبَهِهَا بِهِ احْتِيَالًا لِتَصْحِيحِ تَصَرُّفِ العَاقِدِ مَا أَمْكَنَ.

قَالَ: (وَيَصِحُّ عَنْ جِنَايَةِ العَمْدِ وَالْخَطَأِ) أَمَّا الأَوَّلُ فَلِقَوْلِهِ تَعَالَىٰ: ﴿فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتِّبَاعٌ﴾ [البقرة: ١٧٨] الآيَةَ، قَالَ ابْنُ

فصل: في بيان ما يجوز عنه الصلح، وما لا يجوز

قوله: وَالصُّلْحُ جَائِزٌ عَنْ دَعْوَى الأَمْوَالِ، لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى البَيْعِ، والمنافع بأن ادَّعىٰ في دار سكنىٰ سنةً وصيةً من ربِّ الدار فجحده الوارثُ أو أقرَّ به فصالحه الوارثُ علىٰ شيء جاز، لأنه جاز أخذ العوض عنها بالإجارة فكذا بالصلح.

قوله: ﴿فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ﴾، أي من أعطي له من دم أخيه المقتول شيءٌ وذلك بطريق الصلح، ورُوِيَ عن جماعة، فمنهم عُمر وابن عباس رضي الله تعالىٰ عنهم أنَّ الآية في عفو بعض الأولياء، وتقديره: فمن عُفي عنه وهو القاتل من أخيه في الدين وهو المقتول شيء من القصاص، بأن كان للقتيل أوْلياء فعفا بعضهم، فقد صار نصيب الباقين مالاً هو الدية علىٰ حصصهم من الميراث، ﴿فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوْفِ﴾ أي بقدر حقوقهم من غير زيادةٍ، ﴿وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ﴾ أي وليؤدِّ القاتل إلىٰ غير العافي حقَّه وافيًا غير ناقصٍ،

عَبَّاسٍ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا -: إِنَّهَا نَزَلَتْ فِي الصُّلْحِ عَنْ دَمِ العَمْدِ وَهُوَ بِمَنْزِلَةِ النِّكَاحِ، حَتَّىٰ أَنَّ مَا صَلَحَ مُسَمًّى فِيهِ صَلَحَ هَاهُنَا إِذْ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُبَادَلَةُ المَالِ بِغَيْرِ المَالِ إِلَّا أَنَّ عِنْدَ فَسَادِ التَّسْمِيَةِ هُنَا يُصَارُ إِلَى الدِّيَةِ لِأَنَّـهَا مُوجَبُ الدَّمِ. وَلَوْ صَالَحَ عَلَىٰ خَمْرٍ لَا يَجِبُ شَيْءٌ لِأَنَّهُ لَا يَجِبُ بِمُطْلَقِ العَفْوِ ....

كذا في التفسير.

قوله: وَهُوَ بِمَنْزِلَةِ النِّكَاحِ، حَتَّىٰ أَنَّ مَا صَلَحَ مُسَمًّى فِيهِ صَلَحَ هَاهُنَا، فلهذا لو صالح من دم العمد علىٰ سكنى داره، أو خدمة عبده جاز، لأنَّها تصلح مهرًا، ولو صالح عليها أبدًا، أو علىٰ ما في بطن أمته، أو علىٰ غلة نخلةٍ سنين معلومةً لم يجز، لأنَّه لا يصلح مهرًا، وكل جهالةٍ تحملت في المهر تتحمل ههنا، وما يمنع صحة التسمية يمنعُ وجوبه في الصلح لتشاكلهما من حيث إنَّ المال يجبُ فيهما ابتداءً لا في مقابلة مالٍ، وعند فساد التسمية تسقط القود ويجب بدل النفس وهو الدية، نحو أن يصالح علىٰ ثوبٍ كما يجبُ مهر المثل في النكاح، إلَّا أنَّهما يفترقان من وجهٍ، وهو أنه إذا تزوَّجها علىٰ خمرٍ يجبُ مهر المثل، ولو صالح علىٰ خمرٍ لا يجب شيء لأنَّ وجوب المهر في النكاح من ضرورة العقد لأنه لم يشرع إلَّا بالمال، وإذا لم يكن المسمَّىٰ مالاً لغت التسمية أصلاً، وصار كأنَّه تزوَّجها ولم يسمِّ لها مهرًا وثمَّة يجبُ مهر المثل ووجوب المال في الصلح ليسَ من ضرورة الصلح فإنه لو عفا ولم يسمِّ مالاً لم يجب شيءٌ.

قوله: لِأَنَّهُ لَا يَجِبُ بِمُطْلَقِ العَفْوِ، يعني لمَّا لم يسمَّ مالاً متقومًا في الصلح عن دم العمد صار ذكر الخمر والسكوت عنه سواءً فبقي مطلق العفو عن القصاص وفي ذلك لا يجب شيءٌ فكذا في ذكر الخمر في الصلح.

وَفِي النِّكَاحِ يَجِبُ مَهْرُ المِثْلِ فِي الفَصْلَيْنِ لِأَنَّهُ المُوجَبُ الأَصْلِيُّ، وَيَجِبُ مَعَ السُّكُوتِ عَنْهُ حُكْمًا، وَيَدْخُلُ فِي إِطْلَاقِ جَوَابِ الكِتَابِ الجِنَايَةَ فِي النَّفْسِ وَمَا دُونَهَا، وَهٰذَا بِخِلَافِ الصُّلْحِ عَنْ حَقِّ الشُّفْعَةِ عَلَىٰ مَالٍ حَيْثُ لَا يَصِحُّ لِأَنَّهُ حَقُّ التَّمَلُّكِ، وَلَا حَقَّ فِي المَحَلِّ قَبْلَ التَّمَلُّكِ. وَأَمَّا القِصَاصُ فَمِلْكُ المَحَلِّ فِي حَقِّ الفِعْلِ فَيَصِحُّ الِاعْتِيَاضُ عَنْهُ وَإِذَا لَمْ يَصِحَّ الصُّلْحُ تَبْطُلُ الشُّفْعَةُ لِأَنَّهَا تَبْطُلُ بِالْإِعْرَاضِ وَالسُّكُوتِ، وَالْكَفَالَةُ بِالنَّفْسِ بِمَنْزِلَةِ حَقِّ الشُّفْعَةِ حَتَّىٰ لَا يَجِبَ المَالُ بِالصُّلْحِ عَنْهُ، غَيْرَ أَنَّ فِي بُطْلَانِ الكَفَالَةِ رِوَايَتَيْنِ عَلَىٰ مَا عُرِفَ فِي مَوْضِعِهِ. وَأَمَّا الثَّانِي وَهُوَ جِنَايَةُ

قوله: وَفِي النِّكَاحِ يَجِبُ مَهْرُ المِثْلِ فِي الفَصْلَيْنِ، أي في فساد التسمية، كما إذا تزوَّجها علىٰ ثوبٍ وفي تسمية الخمر والخنزير.

قوله: وَهٰذَا بِخِلَافِ الصُّلْحِ عَنْ حَقِّ الشُّفْعَةِ عَلَىٰ مَالٍ حَيْثُ لَا يَصِحُّ، والوجهُ في الفرق بينهما أنَّ حقَّ الشفعة علىٰ أن يتملَّك محلًّا هو مملوكٌ للغير، وقبل التملك لا حقَّ في المحلِّ بوجهٍ ما، وأمَّا في باب القصاص فالمحلُّ صار مملوكًا في حقِّ إقامة الفعل حتَّىٰ إذا وقع الفعل اتَّصف بكونه حقًّا، وإذا صار المحل مملوكًا في حقِّ إقامة الفعل قبل الفعل ظهر الحقُّ في المحل فيملك الاعتياض.

قوله: غَيْرَ أَنَّ فِي بُطْلَانِ الكَفَالَةِ رِوَايَتَيْنِ، في رواية كتاب الشفعة والحوالة والكفالة يبطلُ، وبه يفتىٰ، وهو رواية أبي حفص، وفي الصلح في رواية أبي سليمان رحمهما الله تعالىٰ أنه لا يبطلُ، فوجه البطلان هو أنَّ السقوط لا يتوقَّفُ على العوضِ، وإذا سقط لا يعودُ، وفي رواية الكفالة بخلافها، فوجهه أنَّ الكفالة بالنفس بسببٍ من الوصول إلى المال

الخَطَأَ فَلِأَنَّ مُوجِبَهَا المَالُ فَيَصِيرُ بِمَنْزِلَةِ البَيْعِ، إِلَّا أَنَّهُ لَا تَصِحُّ الزِّيَادَةُ عَلَىٰ قَدْرِ الدِّيَةِ لِأَنَّهُ مُقَدَّرٌ شَرْعًا فَلَا يَجُوزُ إِبْطَالُهُ فَتُرَدُّ الزِّيَادَةُ، بِخِلَافِ الصُّلْحِ عَنِ القِصَاصِ حَيْثُ تَجُوزُ الزِّيَادَةُ عَلَىٰ قَدْرِ الدِّيَةِ لِأَنَّ القِصَاصَ لَيْسَ بِمَالٍ وَإِنَّمَا يَتَقَوَّمُ بِالْعَقْدِ، وَهٰذَا إِذَا صَالَحَ عَلَىٰ أَحَدِ مَقَادِيرِ الدِّيَةِ، أَمَّا إِذَا صَالَحَ عَلَىٰ غَيْرِ ذٰلِكَ جَازَ لِأَنَّهُ مُبَادَلَةٌ بِهَا، إِلَّا أَنَّهُ يُشْتَرَطُ القَبْضُ فِي المَجْلِسِ كَيْ لَا يَكُونَ افْتِرَاقًا عَنْ دَيْنٍ بِدَيْنٍ. وَلَوْ قَضَى القَاضِي بِأَحَدِ مَقَادِيرِهَا فَصَالَحَ عَلَىٰ جِنْسٍ آخَرَ مِنْهَا بِالزِّيَادَةِ جَازَ لِأَنَّهُ تَعَيَّنَ الحَقُّ بِالْقَضَاءِ فَكَانَ مُبَادَلَةً بِخِلَافِ الصُّلْحِ ابْتِدَاءً لِأَنَّ تَرَاضِيَهُمَا عَلَىٰ بَعْضِ

فأخذ حكمه من هذا الوجه، فإذا رضيَ بسقوط حقِّه بعوضٍ لم يسقط مجانًا.

قوله: بِخِلَافِ الصُّلْحِ عَنِ القِصَاصِ حَيْثُ تَجُوزُ الزِّيَادَةُ عَلَىٰ قَدْرِ الدِّيَةِ، ويفترقان أيضًا في الصلح على الخمر والخنزير، ذكر في المبسوط: ولو كان القتل خطأً، أي في الصلح عن القتل على الخمر والخنزير كان عليه الدية لأنَّ هذا صلحٌ عن مالٍ فيكون نظير الصلح عن سائر الديون إذا بطل بقي المال واجبًا كما كان وهو الدية.

قوله: كَيْ لَا يَكُونَ افْتِرَاقًا عَنْ دَيْنٍ بِدَيْنٍ، أي عن دين الدية بدين بدل الصلح، فَلَوْ قَضَى القَاضِي بِأَحَدِ مَقَادِيرِهَا فَصَالَحَ عَلَىٰ جِنْسٍ آخَرَ، صورته: قضى القاضي بمائةٍ من الإبل ثمَّ صالح أولياء القتيل علىٰ أكثر من مائتي بقرةٍ، فهو جائزٌ، لأنَّ القاضي عيَّن الواجب في الإبل وخرج غيره من أن يكون واجبًا بِهذا الفعل فكان ما يعطىٰ عوضًا عن الواجب فصحَّ إن كان يدًا بيدٍ، أمَّا لو صالح علىٰ شيءٍ من المكيل أو الموزون سوى الدَّراهم أو الدنانير إلىٰ أجلٍ هو باطلٌ، لأنَّ القاضي عيَّن الحقَّ في الإبل فكان هذا

الْمَقَادِيرِ بِمَنْزِلَةِ الْقَضَاءِ فِي حَقِّ التَّعْيِينِ فَلَا تَجُوزُ الزِّيَادَةُ عَلَىٰ مَا تَعَيَّنَ.
قَالَ: (وَلَا يَجُوزُ الصُّلْحُ عَنْ دَعْوَىٰ حَدٍّ) لِأَنَّهُ حَقُّ اللهِ تَعَالَىٰ لَا حَقُّهُ، وَلَا يَجُوزُ الِاعْتِيَاضُ عَنْ حَقِّ غَيْرِهِ، وَلِهَٰذَا لَا يَجُوزُ الِاعْتِيَاضُ إِذَا ادَّعَتِ الْمَرْأَةُ نَسَبَ وَلَدِهَا لِأَنَّهُ حَقُّ الْوَلَدِ لَا حَقُّهَا، وَكَذَا لَا يَجُوزُ الصُّلْحُ عَمَّا أَشْرَعَهُ إِلَىٰ طَرِيقِ الْعَامَّةِ لِأَنَّهُ حَقُّ الْعَامَّةِ فَلَا يَجُوزُ أَنْ يُصَالَحَ

اعتياضًا عن دينٍ بدينٍ.

قوله: فَلَا تَجُوزُ الزِّيَادَةُ عَلَىٰ مَا تَعَيَّنَ، أي شرعًا.

قوله: وَلَا يَجُوزُ الصُّلْحُ عَنْ دَعْوَىٰ حَدٍّ، صورته: رجل أخذ زانيًا، أو سارقًا، أو شارب خمرٍ وأراد أن يرافعه إلى الحاكم فصالح المأخوذ علىٰ مالٍ علىٰ أن لا يرافعه إلى السلطان فالصلح باطلٌ ويرجع عليه بما دفع من المال، وكذلك لو ادَّعىٰ رجلٌ علىٰ رجلٍ قذفًا فصالح المدَّعىٰ عليه بدراهم علىٰ أن يعفو عنه فالصلح باطلٌ.

قوله: وَلِهَٰذَا لَا يَجُوزُ الِاعْتِيَاضُ إِذَا ادَّعَتِ الْمَرْأَةُ نَسَبَ وَلَدِهَا، أي إذا ادَّعت المطلقة علىٰ زوجها نسبَ ولدها بأن قالت أنَّه ابنه، وجَحَد الرجلُ فصالح من النسب علىٰ شيءٍ فالصلح باطلٌ، لأنَّ النسب يثبت حقًّا للولد لاحتياجه إليه لا حقًّا لها فلا تملك الاعتياض لإسقاطه، وكذا لو كان لرجل ظلَّةً أو كنيفٍ علىٰ طريق العامة فخاصمه رجلٌ وأرادَ طرحه فصالحه علىٰ مالٍ، لأنَّ الحقَّ في الشارع لجماعة المسلمين فلا يجوز أن يصالح واحد على الانفراد، وإنَّما يكون لكلِّ واحدٍ حقُّ الخصومة في الدفع والمنع حسبةً، بخلاف ما لو كان علىٰ طريقٍ غير نافذٍ فصالحه رجلٌ من أهل الطريق فالصلح جائزٌ، لأنَّ الطريقَ مملوكٌ لأهله فيظهر في حقِّ الانفراد والصلح معه مفيدٌ لأنَّه يسقطُ حقَّه ويتوصل إلىٰ تحصيل رضاء الباقين فجاز، كذا في الإيضاح، ولو صالح الإمام صاحب الظلة على

وَاحِدٌ عَلَى الِانْفِرَادِ عَنْهُ؛ وَيَدْخُلُ فِي إِطْلَاقِ الجَوَابِ حَدُّ القَذْفِ لِأَنَّ المُغَلَّبَ فِيهِ حَقُّ الشَّرْعِ. قَالَ: (وَإِذَا ادَّعَىٰ رَجُلٌ عَلَى امْرَأَةٍ نِكَاحًا وَهِيَ تَجْحَدُ فَصَالَحَتْهُ عَلَىٰ مَالٍ بَذَلَتْهُ حَتَّىٰ يَتْرُكَ الدَّعْوَىٰ جَازَ وَكَانَ فِي مَعْنَى الخُلْعِ) لِأَنَّهُ أَمْكَنَ تَصْحِيحُهُ خُلْعًا فِي جَانِبِهِ بِنَاءً عَلَىٰ زَعْمِهِ وَفِي جَانِبِهَا بَدَلًا لِلْمَالِ لِدَفْعِ الخُصُومَةِ. قَالُوا: وَلَا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللهِ تَعَالَىٰ إِذَا كَانَ مُبْطِلًا فِي دَعْوَاهُ.

قَالَ: (وَإِذَا ادَّعَتِ امْرَأَةٌ عَلَىٰ رَجُلٍ نِكَاحًا فَصَالَحَهَا عَلَىٰ مَالٍ بَذَلَهُ لَهَا جَازَ) قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: هٰكَذَا ذُكِرَ فِي بَعْضِ نُسَخِ المُخْتَصَرِ، وَفِي بَعْضِهَا قَالَ: لَمْ يَجُزْ. وَجْهُ الأَوَّلِ أَنْ يَجْعَلَ زِيَادَةً فِي مَهْرِهَا. وَجْهُ الثَّانِي: أَنَّهُ بَذَلَ لَهَا المَالَ لِتَتْرُكَ الدَّعْوَىٰ فَإِنْ جُعِلَ تَرْكُ الدَّعْوَىٰ مِنْهَا فُرْقَةً فَالزَّوْجُ لَا يُعْطِي العِوَضَ فِي الفُرْقَةِ، وَإِنْ لَمْ يُجْعَلْ فَالْحَالُ عَلَىٰ

دراهم علىٰ أن يترك الظلة جاز الصلح وإن كانت في طريق العامة إذا كان في ذلك صلاح للمسلمين، ويضعُ ذلك في بيت المال لأنَّ الاعتياض من الشركة العامة جائزٌ من الإمام، فإنه لو باع شيئًا من بيت المال يجوز.

قوله: وَلَا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللهِ تَعَالَىٰ إِذَا كَانَ مُبْطِلًا فِي دَعْوَاهُ، هذا عامٌ في جميع أنواع الصلح.

قوله: وَجْهُ الأَوَّلِ أَنْ يَجْعَلَ زِيَادَةً فِي مَهْرِهَا، كأنه زادَ في مهرها ثمَّ خالعا علىٰ أصل المهر دون الزيادة فسقط الأصل دون الزيادة.

قوله: فَالزَّوْجُ لَا يُعْطِي العِوَضَ فِي الفُرْقَةِ، إذ لا يسلمُ له شيءٌ من هذه الفرقة،

مَا كَانَ عَلَيْهِ قَبْلَ الدَّعْوَىٰ فَلَا شَيْءَ يُقَابِلُهُ العِوَضُ فَلَمْ يَصِحَّ.

قَالَ: (وَإِنِ ادَّعَىٰ عَلَىٰ رَجُلٍ أَنَّهُ عَبْدُهُ فَصَالَحَهُ عَلَىٰ مَالٍ أَعْطَاهُ جَازَ وَكَانَ فِي حَقِّ المُدَّعِي بِمَنْزِلَةِ الإِعْتَاقِ عَلَىٰ مَالٍ) لِأَنَّهُ أَمْكَنَ تَصْحِيحُهُ عَلَىٰ هٰذَا الوَجْهِ فِي حَقِّهِ لِزَعْمِهِ وَلِهٰذَا يَصِحُّ عَلَىٰ حَيَوَانٍ فِي الذِّمَّةِ إِلَىٰ أَجَلٍ وَفِي حَقِّ المُدَّعَىٰ عَلَيْهِ يَكُونُ لِدَفْعِ الخُصُومَةِ؛ لِأَنَّهُ يَزْعُمُ أَنَّهُ حُرٌّ فَجَازَ إِلَّا أَنَّهُ لَا وَلَاءَ لَهُ لِإِنْكَارِ العَبْدِ إِلَّا أَنْ يُقِيمَ البَيِّنَةَ فَتُقْبَلَ وَيَثْبُتَ الوَلَاءُ. قَالَ: (وَإِذَا قَتَلَ العَبْدُ المَأْذُونُ لَهُ رَجُلًا عَمْدًا لَمْ يَجُزْ لَهُ أَنْ يُصَالِحَ عَنْ نَفْسِهِ، وَإِنْ قَتَلَ عَبْدٌ لَهُ رَجُلًا عَمْدًا فَصَالَحَهُ جَازَ) وَوَجْهُ الفَرْقِ أَنَّ رَقَبَتَهُ لَيْسَتْ مِنْ تِجَارَتِهِ وَلِهٰذَا لَا يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ فِيهِ بَيْعًا فَكَذَا اسْتِخْلَاصًا بِمَالِ المَوْلَىٰ وَصَارَ كَالْأَجْنَبِيِّ، أَمَّا عَبْدُهُ فَمِنْ تِجَارَتِهِ

وإنَّما المرأةُ هي التي تسلم لها نفسها تتخلص عن الزوج وإن لم يجعل فرقةً فالحال علىٰ ما كانت عليه قبل الدَّعوىٰ وتكون هيَ علىٰ دعواها فلا يكون ما أخذته عوضًا عن شيءٍ فلا يجوز لأنه رشوةٌ محضةٌ من غير دفع خصومةٍ ويلزمها ردَّه.

قوله: وَلِهٰذَا يَصِحُّ عَلَىٰ حَيَوَانٍ فِي الذِّمَّةِ إِلَىٰ أَجَلٍ، هذا إيضاحٌ لكونه بمنزلة الإعتاق علىٰ مالٍ، إذ لو كان بطريق المعاوضة لَمَا جاز هذا، لأنَّ الحيوان لا يثبت دينًا في الذمة في المعاوضات.

قوله: إِلَىٰ أَجَلٍ، للتأكيد فإنَّ ما لا يثبت دينًا في الذمة لا يثبت بذكر الأجل المعلوم، كما في السلم، والسلم لا يجوز في الحيوان فيكون ذكر الأجل مؤكدًا لنفي وجوب الحيوان دينًا في الذمَّة.

وَتَصَرُّفُهُ فِيهِ نَافِذٌ بَيْعًا فَكَذَا اسْتِخْلَاصًا، وَهٰذَا لِأَنَّ الْمُسْتَحَقَّ كَالزَّائِلِ عَنْ مِلْكِهِ وَهٰذَا شِرَاؤُهُ فَيَمْلِكُهُ.

قَالَ: (وَمَنْ غَصَبَ ثَوْبًا يَهُودِيًّا قِيمَتُهُ دُونَ المِائَةِ فَاسْتَهْلَكَهُ فَصَالَحَهُ مِنْهَا عَلَىٰ مِائَةِ دِرْهَمٍ جَازَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: يَبْطُلُ الفَضْلُ عَلَىٰ قِيمَتِهِ بِمَا لَا يَتَغَابَنُ النَّاسُ فِيهِ) لِأَنَّ الوَاجِبَ هِيَ القِيمَةُ وَهِيَ مُقَدَّرَةٌ فَالزِّيَادَةُ عَلَيْهَا تَكُونُ رِبًا، بِخِلَافِ مَا إِذَا صَالَحَ عَلَىٰ عَرَضٍ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ لَا تَظْهَرُ عِنْدَ اخْتِلَافِ الجِنْسِ، وَبِخِلَافِ مَا يَتَغَابَنُ النَّاسُ فِيهِ لِأَنَّهُ يَدْخُلُ تَحْتَ تَقْوِيمِ المُقَوِّمِينَ فَلَا تَظْهَرُ الزِّيَادَةُ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ حَقَّهُ فِي الهَالِكِ بَاقٍ حَتَّىٰ لَوْ كَانَ عَبْدًا وَتَرَكَ أَخْذَ القِيمَةِ يَكُونُ الكَفَنُ عَلَيْهِ أَوْ حَقُّهُ فِي مِثْلِهِ صُورَةً وَمَعْنًى، لِأَنَّ ضَمَانَ العُدْوَانِ بِالْمِثْلِ، وَإِنَّمَا يَنْتَقِلُ إِلَى القِيمَةِ بِالْقَضَاءِ

قوله: يَكُونُ الكَفَنُ عَلَيْهِ، تبيَّن بِهذا أنَّ المغصوب بعد الهلاك باقٍ علىٰ ملك المغصوب منه، فكان الصلحُ واقعًا عن ملكه في الثوب المستهلك، ولا ربا بين الثوب والدَّراهم.

قوله: أَوْ حَقُّهُ فِي مِثْلِهِ صُورَةً وَمَعْنًى، هذا الوجه الثاني لأبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، وهو أنَّ حقَّ المالك في مثل المغصوب صورةً ومعنًى وإيجاب الثوب والحيوان ممكنٌ في الذمة كما في النكاح والدية، وإنَّما ينتقلُ حقَّه من المثل إلى القيمة ضرورة تعذُّر استيفاء المثل لعجز من له ومن عليه عن رعاية المماثلة، فأمَّا لا ضرورةَ في إيجاب المثل لأنَّ الله تعالىٰ عالمٌ بذلك فما لم يقضِ القاضي بالقيمة بقى المثل واجبًا في الذمَّة

فَقَبْلَهُ إِذَا تَرَاضَيَا عَلَى الأَكْثَرِ كَانَ اعْتِيَاضًا فَلَا يَكُونُ رِبًا، بِخِلَافِ الصُّلْحِ بَعْدَ القَضَاءِ لِأَنَّ الحَقَّ قَدْ انْتَقَلَ إِلَى القِيمَةِ.

قَالَ: (وَإِذَا كَانَ العَبْدُ بَيْنَ رَجُلَيْنِ أَعْتَقَهُ أَحَدُهُمَا وَهُوَ مُوسِرٌ فَصَالَحَهُ الآخَرُ عَلَىٰ أَكْثَرَ مِنْ نِصْفِ قِيمَتِهِ فَالْفَضْلُ بَاطِلٌ) وَهٰذَا بِالِاتِّفَاقِ، وَأَمَّا عِنْدَهُمَا فَلِمَا بَيَّنَّا. وَالْفَرْقُ لِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ القِيمَةَ فِي العِتْقِ مَنْصُوصٌ عَلَيْهَا وَتَقْدِيرُ الشَّرْعِ لَا يَكُونُ دُونَ تَقْدِيرِ القَاضِي فَلَا يَجُوزُ الزِّيَادَةُ عَلَيْهِ، وَبِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ لِأَنَّهَا غَيْرُ مَنْصُوصٍ عَلَيْهَا (وَإِنْ

ومنه، فقبل قضاء القاضي بالقيمة إذا تراضيا على الأكثر كان بدل الصلح عوضًا عن ملكه، أو عن المثل صورةً ومعنًى لا عن القيمة، فلا يتحقَّق الربا، كما إذا كان العبد أو الثوب قائمًا، بخلاف ما لو قضى القاضي بالقيمة ثمَّ صالحَ علىٰ أكثر من القيمة، لأنَّ الحقَّ قد انتقل بالقضاء إلى القيمة، وبخلاف ما إذا كان العبد بين الرجلين فأعْتَقه أحدهما وهو موسرٌ فصالحه الآخر مع المعتق علىٰ أكثر من قيمة يفيه فالفضل باطلٌ اتفاقًا، لأنَّ القيمةَ في العتق منصوصٌ عليها، قال عليه الصلاة والسلام: «من أعْتَق شقصًا من عبدٍ مشتركٍ بينه وبين شريكه قوِّم عليه نصيب شريكه»، وتقدير الشرع لا يكون دون تقدير القاضي فلا تجوز الزيادة عليه، بخلاف ما مرَّ لأنَّها غير منصوصٌ عليها فلم يقم فيها دلالة التقدير، فإن قيل: لو صالحه علىٰ طعامٍ موصوفٍ في الذمَّة إلىٰ أجلٍ لا يجوز، ولو كان ما يقعُ عليه الصلح بدلاً عن العبد لجاز، لأنَّ الطعام الموصوف بمقابلة العبد يكون ثمنًا وبمقابلة القيمة يكون مبيعًا، قلنا: إنَّما لا يجوز لأنَّ العبد المستهلك لا يوقف علىٰ أثره، وما لا يوقف علىٰ أثره يكون في حكم الدين والدين بالدين حرامٌ، فلهذا لم يجز الصلح علىٰ طعام مؤجل، لأنَّ الطعام بدل عن القيمة، ولهذا لو صالحه علىٰ طعام

صَالَحَهُ عَلَىٰ عُرُوضٍ جَازَ) لِمَا بَيَّنَّا أَنَّهُ لَا يَظْهَرُ الفَضْلُ، وَاللهُ تَعَالَىٰ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

موصوفٍ في الذمة حالاً وقبضه في المجلس جازَ، ولو كان بدلاً عن القيمة لَمَا جاز لأنه بيعُ ما ليس عند الإنسان، والله تعالىٰ أعلم.

* * *

بَابُ التَّبَـرُّعِ بِالصُّلْحِ وَالتَّوْكِيْلِ بِهِ

قَالَ: (وَمَنْ وَكَّلَ رَجُلًا بِالصُّلْحِ عَنْهُ فَصَالَحَ لَمْ يَلْزَمَ الوَكِيلَ مَا صَالَحَ عَنْهُ إِلَّا أَنْ يَضْمَنَهُ، وَالْمَالُ لَازِمٌ لِلْمُوَكِّلِ) وَتَأْوِيلُ هٰذِهِ المَسْأَلَةِ إِذَا كَانَ الصُّلْحُ عَنْ دَمِ العَمْدِ أَوْ كَانَ الصُّلْحُ عَنْ بَعْضِ مَا يَدَّعِيهِ مِنَ الدَّيْنِ لِأَنَّهُ إِسْقَاطٌ مَحْضٌ فَكَانَ الوَكِيلُ فِيهِ سَفِيرًا وَمُعَبِّرًا فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ كَالْوَكِيلِ بِالنِّكَاحِ إِلَّا أَنْ يَضْمَنَهُ لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ هُوَ مُؤَاخَذٌ بِعَقْدِ الضَّمَانِ لَا بِعَقْدِ الصُّلْحِ، أَمَّا إِذَا كَانَ الصُّلْحُ عَنْ مَالٍ بِمَالٍ فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ البَيْعِ فَتَرْجِعُ الحُقُوقُ إِلَى الوَكِيلِ فَيَكُونُ المُطَالِبُ بِالْمَالِ هُوَ الوَكِيلُ دُونَ المُوَكِّلِ.

باب التبرُّع بالصلح والتوكيل به

قوله: مَا صَالَحَ عَنْهُ، أي عن الموكل.

قوله: أَمَّا إِذَا كَانَ الصُّلْحُ عَنْ مَالٍ بِمَالٍ فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ البَيْعِ فَتَرْجِعُ الحُقُوقُ إِلَى الوَكِيلِ، هذا إذا كان الصلح عن إقرارٍ، وأمّا إذا كان الصلح عن إنكار فلا يجبُ بدل الصلح على الوكيل في شيءٍ، وفي المبسوط في باب الصلح في العقار: ولو ادَّعىٰ رجلٌ في دارٍ حقًّا فصالحه عنه آخر بأمره أو بغير أمره – إلىٰ أن قال – ولا يجبُ المال على المصالح إلا أن يضمنه للذي صالحه، لأنَّ الصلح على الإنكار معاوضةٌ بإسقاط الحقِّ فيكون بمنزلة الطلاق بجعلٍ، والعفوُ عن القصاص بمالٍ، وذلك جائزٌ مع الأجنبيِّ كما يجوز مع الخصم إلا أنَّ الأجنبيَّ إن ضمن المالَ فهو عليه بالالتزام ولا يدخل فيه ملكه بإزاء ما التزمَ شيءٌ،

قَالَ: (وَإِنْ صَالَحَ رَجُلٌ عَنْهُ بِغَيْرِ أَمْرِهِ فَهُوَ عَلَىٰ أَرْبَعَةِ أَوْجُهٍ: إِنْ صَالَحَ بِمَالٍ وَضَمِنَهُ تَمَّ الصُّلْحُ) لِأَنَّ الحَاصِلَ لِلْمُدَّعَىٰ عَلَيْهِ لَيْسَ إِلَّا البَرَاءَةَ وَفِي حَقِّهَا هُوَ وَالْأَجْنَبِيُّ سَوَاءٌ فَصُلْحٌ أَصِيلًا فِيهِ إِذَا ضَمِنَهُ، كَالْفُضُولِيِّ بِالْخُلْعِ إِذَا ضَمِنَ البَدَلَ وَيَكُونُ مُتَبَرِّعًا عَلَى المُدَّعَىٰ عَلَيْهِ كَمَا لَوْ تَبَرَّعَ بِقَضَاءِ الدَّيْنِ بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ بِأَمْرِهِ وَلَا يَكُونُ لِهٰذَا المُصَالِحِ شَيْءٌ مِنَ المُدَّعَىٰ، وَإِنَّمَا ذٰلِكَ لِلَّذِي فِي يَدِهِ لِأَنَّ تَصْحِيحَهُ بِطَرِيقِ الإِسْقَاطِ، وَلَا فَرْقَ فِي هٰذَا بَيْنَ مَا إِذَا كَانَ مُقِرًّا أَوْ مُنْكِرًا (وَكَذٰلِكَ إِنْ قَالَ صَالَحْتُكَ

لأنَّ المسقطَ يكون متلاشيًا فلا يكون داخلاً في ملك أحدٍ، وإن كان لم يضمن لم يلزمه المال بمطلق العقد، ولكن إن كان الصلح بأمر المدَّعىٰ عليه فالمالُ على المدَّعىٰ عليه لأنَّ الأجنبي معبر عنه، ألا ترىٰ أنه لا يستغني عن إضافة العقد إليه، وإن كان بغير أمره فهو موقوفٌ علىٰ إجازته لأنَّ المال لم يجب على المصالح، ولا يمكن إيجابه على المدَّعىٰ عليه بغير رضاه، والمدَّعي لم يرضَ بسقوط حقِّه إلا بعوضٍ يجبُ له فيتوقَّفُ علىٰ رضا المدَّعىٰ عليه.

قوله: كَالْفُضُولِيِّ بِالْخُلْعِ، أي من جانب المرأة.

قوله: وَيَكُونُ مُتَبَرِّعًا، بالواو.

قوله: بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ بِأَمْرِهِ، أي لا يكون متبرِّعًا على المدَّعىٰ عليه حينئذٍ.

قوله: وَلَا يَكُونُ لِهٰذَا المُصَالِحِ شَيْءٌ مِنَ المُدَّعَىٰ، وَإِنَّمَا ذٰلِكَ لِلَّذِي فِي يَدِهِ لِأَنَّ تَصْحِيحَهُ بِطَرِيقِ الإِسْقَاطِ، أي إسقاط المدَّعىٰ عن المدَّعىٰ عليه والمسقط يكون متلاشيًا فلا يثبت له شيءٌ، وَلَا فَرْقَ فِي هٰذَا، أي في أن لا يكون للمصالح شيءٌ، بَيْنَ مَا إِذَا كَانَ

عَلَىٰ أَلْفَيْ هٰذِهِ أَوْ عَلَىٰ عَبْدِيْ هٰذَا صَحَّ الصُّلْحُ وَلَزِمَهُ تَسْلِيمُهَا) لِأَنَّهُ لَمَّا أَضَافَهُ إِلَىٰ مَالِ نَفْسِهِ فَقَدِ التَزَمَ تَسْلِيمَهُ فَصَحَّ الصُّلْحُ (وَكَذٰلِكَ لَوْ قَالَ عَلَيَّ أَلْفٌ وَسَلَّمَهَا) لِأَنَّ التَّسْلِيمَ إِلَيْهِ يُوجِبُ سَلَامَةَ العِوَضِ لَهُ فَيَتِمُّ العَقْدُ لِحُصُولِ مَقْصُودِهِ (وَلَوْ قَالَ صَالَحْتُكَ عَلَىٰ أَلْفٍ فَالْعَقْدُ مَوْقُوفٌ، فَإِنْ أَجَازَهُ المُدَّعَىٰ عَلَيْهِ جَازَ وَلَزِمَهُ الأَلْفُ، وَإِنْ لَمْ يُجِزْهُ بَطَلَ) لِأَنَّ الأَصْلَ فِي العَقْدِ إِنَّمَا هُوَ المُدَّعَىٰ عَلَيْهِ لِأَنَّ دَفْعَ الخُصُومَةِ حَاصِلٌ لَهُ، إِلَّا أَنَّ الفُضُولِيَّ يَصِيرُ أَصِيلًا بِوَاسِطَةِ إِضَافَةِ الضَّمَانِ إِلَىٰ نَفْسِهِ، فَإِذَا لَمْ يُضِفْهُ بَقِيَ عَاقِدًا مِنْ جِهَةِ المَطْلُوبِ فَيَتَوَقَّفُ عَلَىٰ إِجَازَتِهِ. قَالَ العَبْدُ

مُقِرًّا أَوْ مُنْكِرًا، لأنه يصير متبَرِّعًا عليه بِهذا العقد، فصار كما لو تبرَّع بقضاء الدين، بخلاف ما لو كان المدَّعىٰ عينًا والمدَّعىٰ عليه مقرًّا فإنه يصير مشتريًا لنفسه إن كان بغير أمره، لأنَّ العين يصح شراؤه من المالك وإن كان في يد غيره، فأمَّا شراء الدين من صاحبه لا يجوز لأنه يصير تمليك الدين من غير من عليه الدين.

قوله: وَلَوْ قَالَ صَالَحْتُكَ عَلَىٰ أَلْفٍ فَالْعَقْدُ مَوْقُوفٌ، هذا اختيارُ بعض المشايخ، وقال بعضهم: بل ينفذ ههنا على المصالح، وإنَّما توقف في قوله: صالح فلانًا، وفي الذخيرة: إذا صالح الرجل عن المدَّعىٰ عليه بغير أمره لا يخلو إمَّا أن قال المصالح: صالح فلانًا علىٰ ألف درهمٍ من دعواك علىٰ فلان، وفي هذا الوجه يقف الصلح علىٰ إجازة المدَّعىٰ عليه ولا ينفذُ لا على المصالح ولا على المدَّعىٰ عليه، وإن ردَّ المدَّعىٰ عليه بطلَ، وإن أجازَ جازَ، وكان المطالبُ بالمال هو المدَّعىٰ عليه، وإن قال المصالحُ: صالحني، وكذلك إذا قال: صالح فلانًا علىٰ ألفٍ من مالي، وكذلك صالح فلانًا علىٰ ألف علىٰ أنِّي ضامنٌ، ففي هذه الأوجه ينفذ الصلح على المصالح ولا يرجع بالمال على المدَّعىٰ عليه ولا يصير المدَّعىٰ

الضَّعِيفُ عَصَمَهُ اللهُ: وَوَجْهٌ آخَرُ وَهُوَ أَنْ يَقُولَ صَالَحْتُكَ عَلَىٰ هٰذِهِ الأَلْفِ أَوْ عَلَىٰ هٰذَا العَبْدِ وَلَمْ يَنْسُبْهُ إِلَىٰ نَفْسِهِ لِأَنَّهُ لَمَّا عَيَّنَهُ لِلتَّسْلِيمِ صَارَ شَارِطًا سَلَامَتَهُ لَهُ فَيَتِمُّ بِقَوْلِهِ. وَلَوِ اسْتَحَقَّ العَبْدَ أَوْ وَجَدَ بِهِ عَيْبًا فَرَدَّهُ فَلَا سَبِيلَ لَهُ عَلَى المُصَالِحِ لِأَنَّهُ التَزَمَ الإِيفَاءَ مِنْ مَحَلٍّ بِعَيْنِهِ وَلَمْ يَلْتَزِمْ شَيْئًا سِوَاهُ، فَإِنْ سَلِمَ المَحَلُّ لَهُ تَمَّ الصُّلْحُ، وَإِنْ لَمْ يَسْلَمْ لَهُ لَمْ يَرْجِعْ عَلَيْهِ بِشَيْءٍ. بِخِلَافِ مَا إِذَا صَالَحَ عَلَىٰ دَرَاهِمَ مُسَمَّاةٍ وَضَمِنَهَا وَدَفَعَهَا ثُمَّ اُسْتُحِقَّتْ أَوْ وَجَدَهَا زُيُوفًا حَيْثُ يَرْجِعُ عَلَيْهِ لِأَنَّهُ جَعَلَ نَفْسَهُ أَصِيلًا فِي حَقِّ الضَّمَانِ وَلِهٰذَا يُجْبَرُ عَلَى التَّسْلِيمِ، فَإِذَا لَمْ يُسَلِّمْ لَهُ مَا سَلَّمَهُ يَرْجِعُ عَلَيْهِ بِبَدَلِهِ، وَاللهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

به مملوكًا، وأمَّا إذا قال: صالحتكَ علىٰ ألف درهمٍ ولم يزد علىٰ هذا، اختلف المشايخ فيه، بعضهم قالوا هو نظيرُ قوله: صالحني، وقال بعضهم: هو نظير قوله: صالح فلانًا، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

* * *

بَابُ الصُّلْحِ فِي الدَّيْنِ

قَالَ: (وَكُلُّ شَيْءٍ وَقَعَ عَلَيْهِ الصُّلْحُ وَهُوَ مُسْتَحَقٌّ بِعَقْدِ المُدَايَنَةِ لَمْ يُحْمَلْ عَلَى المُعَاوَضَةِ، وَإِنَّمَا يُحْمَلُ عَلَىٰ أَنَّهُ اسْتَوْفَىٰ بَعْضَ حَقِّهِ وَأَسْقَطَ بَاقِيَهُ، كَمَنْ لَهُ عَلَىٰ آخَرَ أَلْفُ دِرْهَمٍ فَصَالَحَهُ عَلَىٰ خَمْسِمِائَةٍ، وَكَمَنْ لَهُ عَلَىٰ آخَرَ أَلْفٌ جِيَادٌ فَصَالَحَهُ عَلَىٰ خَمْسِمِائَةٍ زُيُوفٍ جَازَ وَكَأَنَّهُ أَبْرَأَهُ عَنْ بَعْضِ حَقِّهِ) وَهٰذَا لِأَنَّ تَصَرُّفَ العَاقِلِ يَتَحَرَّىٰ تَصْحِيحَهُ مَا أَمْكَنَ، وَلَا وَجْهَ لِتَصْحِيحِهِ مُعَاوَضَةً لِإِفْضَائِهِ إِلَى الرِّبَا فَجُعِلَ إِسْقَاطًا لِلْبَعْضِ فِي المَسْأَلَةِ الأُولَىٰ وَلِلْبَعْضِ وَالصِّفَةِ فِي الثَّانِيَةِ (وَلَوْ صَالَحَ عَلَىٰ أَلْفٍ مُؤَجَّلَةٍ جَازَ وَكَأَنَّهُ أَجَّلَ نَفْسَ الحَقِّ) لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ جَعْلُهُ مُعَاوَضَةً لِأَنَّ بَيْعَ الدَّرَاهِمِ بِمِثْلِهَا نَسِيئَةً لَا يَجُوزُ فَحَمَلْنَاهُ عَلَى التَّأْخِيرِ (وَلَوْ

باب الصلح في الدين

قوله: وَكُلُّ شَيْءٍ وَقَعَ عَلَيْهِ الصُّلْحُ وَهُوَ مُسْتَحَقٌّ بِعَقْدِ المُدَايَنَةِ لَمْ يُحْمَلْ عَلَى المُعَاوَضَةِ، أي إذا كان بدل الصلح من جنس ما يستحقه المدَّعي على المدَّعىٰ عليه بعقد مداينةٍ جرت بينهما كان الصلح استيفاءً لبعض حقه وإسقاطًا للبعض لا معاوضةً، وإنَّما قال: وَهُوَ مُسْتَحَقٌّ بِعَقْدِ المُدَايَنَةِ، والحكم في الغصب والإتلاف كذلك، لأنَّ الأصل هو الواجب بالسبب المشروع فلذلك وضع المسئلة فيه.

صَالَحَهُ عَلَىٰ دَنَانِيرَ إِلَىٰ شَهْرٍ لَمْ يَجُزْ) لِأَنَّ الدَّنَانِيرَ غَيْرُ مُسْتَحَقَّةٍ بِعَقْدِ الْمُدَايَنَةِ فَلَا يُمْكِنُ حَمْلُهُ عَلَى التَّأْخِيرِ، وَلَا وَجْهَ لَهُ سِوَىٰ الْمُعَاوَضَةِ، وَبَيْعُ الدَّرَاهِمِ بِالدَّنَانِيرِ نَسِيئَةً لَا يَجُوزُ فَلَمْ يَصِحَّ الصُّلْحُ (وَلَوْ كَانَتْ لَهُ أَلْفٌ مُؤَجَّلَةٌ فَصَالَحَهُ عَلَىٰ خَمْسِمِائَةٍ حَالَّةٍ لَمْ يَجُزْ) لِأَنَّ الْمُعَجَّلَ خَيْرٌ مِنَ الْمُؤَجَّلِ وَهُوَ غَيْرُ مُسْتَحَقٍّ بِالْعَقْدِ فَيَكُونُ بِإِزَاءِ مَا حَطَّهُ عَنْهُ، وَذٰلِكَ اعْتِيَاضٌ عَنِ الأَجَلِ وَهُوَ حَرَامٌ (وَإِنْ كَانَ لَهُ أَلْفٌ سُودٌ فَصَالَحَهُ عَلَىٰ خَمْسِمِائَةٍ بِيضٍ لَمْ يَجُزْ) لِأَنَّ البِيضَ غَيْرُ مُسْتَحَقَّةٍ بِعَقْدِ الْمُدَايَنَةِ وَهِيَ زَائِدَةٌ وَصْفًا فَيَكُونُ مُعَاوَضَةُ الأَلْفِ بِخَمْسِمِائَةٍ وَزِيَادَةِ وَصْفٍ وَهُوَ رِبًا، بِخِلَافِ مَا إِذَا صَالَحَ عَنِ الأَلْفِ البِيضِ عَلَىٰ خَمْسِمِائَةٍ سُودٍ حَيْثُ يَجُوزُ لِأَنَّهُ إِسْقَاطٌ كُلُّهُ قَدْرًا وَوَصْفًا، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا صَالَحَ عَلَىٰ قَدْرِ الدَّيْنِ وَهُوَ أَجْوَدُ لِأَنَّهُ مُعَاوَضَةُ المِثْلِ بِالْمِثْلِ، وَلَا مُعْتَبَرَ بِالصِّفَةِ إِلَّا أَنَّهُ يُشْتَرَطُ القَبْضُ فِي المَجْلِسِ، وَلَوْ كَانَ عَلَيْهِ أَلْفُ دِرْهَمٍ وَمِائَةُ دِينَارٍ

قوله: اعْتِيَاضٌ عَنِ الأَجَلِ وَهُوَ حَرَامٌ، وهذا لأنَّ الأجل صفةٌ كالجودة والاعتياض عن الجودة لا يجوز فكذا عن الأجل، ألا ترىٰ أنَّ الشرع حرَّم ربا النسيئة وليس فيه إلَّا مقابلة المال بالأجل شبهةً فلأَن يكون مقابلة المال بالأجل حقيقةً حرامًا أَوْلَىٰ، والأصل فيه أنَّ الإحسان متىٰ وجد من الطرفين يكون محمولاً على المعاوضة كهذه المسئلة فإنَّ الدائنَ أسْقَطَ من حقِّه خمسَ مائةٍ والمديونُ أسْقَط حقَّه في الأجل في الخمس مائة الباقية فيكون معاوضةً، بخلاف ما إذا صَالَحَ من ألفٍ علىٰ خمس مائة فإنه يكون محمولاً علىٰ إسقاط بعض الحقِّ دون المعاوضة لأنَّ الإحسان لم يوجد إلَّا من طرف رب الدين.

فَصَالَحَهُ عَلَىٰ مِائَةِ دِرْهَمٍ حَالَّةٍ أَوْ إلَىٰ شَهْرٍ صَحَّ الصُّلْحُ لِأَنَّهُ أَمْكَنَ أَنْ يُجْعَلَ إسْقَاطًا لِلدَّنَانِيرِ كُلِّهَا وَالدَّرَاهِمِ إلَّا مِائَةً وَتَأْجِيلًا لِلْبَاقِي فَلَا يُجْعَلُ مُعَاوَضَةً تَصْحِيحًا لِلْعَقْدِ أَوْ لِأَنَّ مَعْنَىٰ الإِسْقَاطِ فِيهِ أَلْزَمُ.

قَالَ: (وَمَنْ لَهُ عَلَىٰ آخَرَ أَلْفُ دِرْهَمٍ فَقَالَ أَدِّ إلَيَّ غَدًا مِنْهَا خَمْسَمِائَةٍ عَلَىٰ أَنَّك بَرِيءٌ مِنَ الفَضْلِ فَفَعَلَ فَهُوَ بَرِيءٌ، فَإِنْ لَمْ يَدْفَعْ إلَيْهِ الخَمْسَمِائَةِ غَدًا عَادَ عَلَيْهِ الأَلْفُ وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: لَا يَعُودُ عَلَيْهِ) لِأَنَّهُ إبْرَاءٌ مُطْلَقٌ؛ أَلَا تَرَىٰ أَنَّهُ جَعَلَ أَدَاءَ الخَمْسِمِائَةِ عِوَضًا حَيْثُ ذَكَرَهُ بِكَلِمَةِ عَلَىٰ وَهِيَ لِلْمُعَاوَضَةِ، وَالْأَدَاءُ لَا يَصِحُّ عِوَضًا لِكَوْنِهِ مُسْتَحَقًّا عَلَيْهِ فَجَرَىٰ وُجُودُهُ مَجْرَىٰ عَدَمِهِ فَبَقِيَ الإِبْرَاءُ مُطْلَقًا فَلَا يَعُودُ كَمَا إذَا بَدَأَ بِالْإِبْرَاءِ ....

قوله: أَوْ لِأَنَّ مَعْنَى الإِسْقَاطِ فِيهِ أَلْزَمُ، لأنَّ الصلح عبارةٌ عن الحطيطة والحطُّ في هذا أكثر فيكون معنى الإسقاط فيه ألزم.

قوله: لِكَوْنِهِ مُسْتَحَقًّا عَلَيْهِ، أي قبل الصلح بحكم المداينة، والعوضُ ما يجب بالشرط، وأداء الخمس مائة غدًا كان واجبًا قبل الشرط فلم يصحَّ الشرطُ لعدم الفائدة فبقي الإبراء مطلقًا، والدليل علىٰ أنَّ النقد لا يصلحُ عوضًا ما قال أصحابنا رحمهم الله تعالىٰ فيمن باع عبدًا من آخرٍ بألف درهمٍ علىٰ أن ينقده الثمن في اليوم أو إلىٰ ثلاثة أيَّام لا يصير النقد عوضًا، حتَّىٰ إذا لم ينقد الثمن فى الوقت المذكور لا يبطل البيعُ لأنَّ النقد كان واجبًا فلم يصحَّ أن يكون عوضًا عن البيع، كذا هذا.

قوله: كَمَا إذَا بَدَأَ بِالْإِبْرَاءِ، بأن قال: ابرأتكَ عن خمس مائةٍ من الألف علىٰ أن

وَلَهُمَا أَنَّ هٰذَا إِبْرَاءٌ مُقَيَّدٌ بِالشَّرْطِ فَيَفُوتُ بِفَوَاتِهِ لِأَنَّهُ بَدَأَ بِأَدَاءِ الخَمْسِمِائَةِ فِي الغَدِ وَأَنَّهُ يَصْلُحُ غَرَضًا حِذَارَ إِفْلَاسِهِ وَتَوَسُّلًا إِلَىٰ تِجَارَةٍ أَرْبَحَ مِنْهُ، وَكَلِمَةُ «عَلَىٰ» إِنْ كَانَتْ لِلْمُعَاوَضَةِ فَهِيَ مُحْتَمِلَةٌ لِلشَّرْطِ لِوُجُودِ مَعْنَىٰ المُقَابَلَةِ فِيهِ فَيُحْمَلُ عَلَيْهِ عِنْدَ تَعَذُّرِ الحَمْلِ عَلَى المُعَاوَضَةِ تَصْحِيحًا لِتَصَرُّفِهِ أَوْ لِأَنَّهُ مُتَعَارَفٌ، وَالْإِبْرَاءُ مِمَّا يَتَقَيَّدُ

تعطيني خمس مائة غدًا.

قوله: وَلَهُمَا أَنَّ هٰذَا، إلىٰ آخره، يعني أنَّ الإبراء لم يثبت مطلقًا بل مقيَّدًا بشرطٍ، وهذا لأنَّ قوله: علىٰ أنك بريءٌ، خرج مخرج الأعواض كقوله: ابرأتك علىٰ كذا، أو: صالحتك علىٰ كذا، فيكون هذا منه إبراءً بإزاء تعجيل خمس مائة غدًا وما يقابله الإبراء وهو أداء خمس مائةٍ غدًا، وإن لم يصلح عوضًا للإبراء يصلح شرطًا لأنَّ تعجيل بعض المال قد يرغبُ فيه حذرًا عن فوت الكلِّ عند إفلاسه، أو توسُّلاً إلىٰ تجارةٍ أربح منه، وقد بدأ بالأداء ثمَّ أعقبه بالإبراء وما وجد الإبراءُ إلا والأداء مقرونٌ به، ولا يصلحُ عوضًا ويصلحُ شرطًا فيتقيَّد به.

قوله: فَهِيَ مُحْتَمِلَةٌ لِلشَّرْطِ لِوُجُودِ مَعْنَى المُقَابَلَةِ فِيهِ، بيان مجوِّز الاستعارة وهو أنَّ في المعاوضة مقابلةُ العوض بالمعوض، وفي الشرط مقابلة الشرط بالمشروط فجازَ أن تستعار كلمة المعاوضة للشرط لوجود معنى المقابلة فيه.

قوله: أَوْ لِأَنَّهُ مُتَعَارَفٌ، يعني أنَّ لجواز استعمال مثل هذا الشرط في الصلح معنيين: أحدهما: أن تكون كلمة المعاوضة وهيَ كلمة «علىٰ» مستعارةً للشرط لوجود معنى المقابلة بين الشرط والجزاء، والثانِي: كون مثل هذا الشرط متعارفًا فيه والإبراء ممَّا يتقيَّد بالشرط وإن كان لا يتعلَّقُ به، والفرقُ بين التقييد بالشرط والتعليق به ثابتٌ لفظًا

بِالشَّرْطِ وَإِنْ كَانَ لَا يَتَعَلَّقُ بِهِ كَمَا فِي الحَوَالَةِ، ....

ومعنًى، أمَّا لفظًا فهو أنَّ في التقييد بالشرط لا يستعمل لفظ الشرط كإن وإذا ومتىٰ، وأمَّا معنًى فإنَّ في تقييد الإبراء بالشرط يحصل الإبراء في الحال بشرط وجود ما قيد به، حتَّىٰ إذا لم يوجد المقيَّد يعود الدين، وأمَّا في تعليق الإبراء بالشرط لا يوجد الإبراء أصلاً في الحال، لأنَّ المعلَّق بالشرط عدم قبل وجود الشرط، وذلك لأنَّ التقييدَ بوقتٍ بمنزلة الإضافة إلىٰ ذلك الوقت والإضافات أسْبَابٌ في الحال بخلاف التعليق، حتى أنَّ من حلف لا يطلق امرأته فأضاف الطلاق إلى الغد فقال: أنتِ طالقٌ غدًا، يحنث في يمينه، ولو علَّق طلاقها بمجيء الغد فقال: أنتِ طالقٌ إذا جاء غدٌ، لا يحنث، ولا يقال: كلمة علىٰ دخل البراءة دون الأداء فكيف يكون الأداء شرطًا للبراءة وما دخل عليه كلمة (علىٰ) هو الشرط، كما في قوله: أنتِ طالقٌ علىٰ ألف، أنتَ حُرٌّ علىٰ ألفٍ، وكقوله تعالىٰ: ﴿يُبَايِعْنَكَ عَلَىٰٓ أَن لَّا يُشْرِكْنَ بِٱللَّهِ شَيْـًٔا﴾ [الممتحنة: ١٢] لأنَّا نقول: دخولها على البراءة بمنزلة دخولها على الأداء بحكم المقابلة الثابتة بينهما وعدم انفكاك كل واحد منهما عن الآخر، وهو نظير ما مرَّ في الخلع من هذا الكتاب ما إذا قالت المرأة لزوجها: طلقني ثلاثًا علىٰ ألف درهم، فطلَّقها واحدةً فلا شيء عليها عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، لأنَّها صارت طالبةً للثلاث بكلمة الشرط، فصار كلُّ واحد منهما شرطًا لصاحبه، وصار بحكم الاتحاد دخولها على المال مثل دخولها على الطلاق.

قوله: كَمَا فِي الحَوَالَةِ، فإنَّها مقيَّدةٌ بشرط السلامة، حتَّىٰ لو مات المحتال عليه مفلسًا يعود الدين إلىٰ ذمة المحيل، وفي الفوائد الظهيرية: لهما أنَّ هذا حطٌّ بعوضٍ وقد فات فيبطل الحطُّ، كما لو حطَّ بشرطِ أن يعطيه بالباقي رهنًا أو كفيلًا فلم يعطه، وبيانُ أنَّ هذا حطٌّ بعوضٍ أنه حطُّ خمس مائةٍ بشرط أن ينقد خمس مائة في الغد، ونقد خمس مائة في الغد يصلح عوضًا عن الحطِّ لأنَّ الطالب ينتفع به كما هو المعروف، وما قال أبو يوسف رحمه الله تعالىٰ: أنَّ النقد لا يصلح عوضًا عن الحطِّ لأنَّ النقد كان واجبًا قبل الحطِّ، قلنا:

وَسَتَخْرُجُ البُدَاءَةُ بِالْإِبْرَاءِ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَىٰ. قَالَ العَبْدُ الضَّعِيفُ: وَهٰذِهِ المَسْأَلَةُ عَلَىٰ وُجُوهٍ: أَحَدُهَا مَا ذَكَرْنَاهُ. وَالثَّانِي: إِذَا قَالَ صَالَحْتُكَ مِنَ الأَلْفِ عَلَىٰ خَمْسِمِائَةٍ تَدْفَعُهَا إِلَيَّ غَدًا وَأَنْتَ بَرِيءٌ مِنَ الفَضْلِ عَلَىٰ أَنَّكَ إِنْ لَمْ تَدْفَعْهَا إِلَيَّ غَدًا فَالْأَلْفُ عَلَيْكَ عَلَىٰ حَالِهِ. وَجَوَابُهُ أَنَّ الأَمْرَ عَلَىٰ مَا قَالَ لِأَنَّهُ أَتَىٰ بِصَرِيحِ التَّقْيِيدِ فَيُعْمَلُ بِهِ. وَالثَّالِثُ: إِذَا قَالَ أَبْرَأْتُكَ مِنْ خَمْسِمِائَةٍ مِنَ الأَلْفِ عَلَىٰ أَنْ تُعْطِيَنِي الخَمْسَمِائَةِ غَدًا وَالْإِبْرَاءُ فِيهِ وَاقِعٌ أَعْطَىٰ الخَمْسَمِائَةِ أَوْ لَمْ يُعْطِ لِأَنَّهُ أَطْلَقَ الإِبْرَاءَ أَوَّلًا، وَأَدَاءُ الخَمْسِمِائَةِ لَا يَصْلُحُ عِوَضًا مُطْلَقًا وَلٰكِنَّهُ يَصْلُحُ شَرْطًا فَوَقَعَ الشَّكُّ فِي تَقْيِيدِهِ بِالشَّرْطِ فَلَا يَتَقَيَّدُ بِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا بَدَأَ بِأَدَاءِ خَمْسِمِائَةٍ لِأَنَّ

النقد قبل الحطِّ كان واجبًا في المداينة، وبعد الشرط جعل عوضًا عن الحطِّ فيعتبر واجبًا مرَّةً أخرىٰ ليصير عوضًا عن الحطِّ فيبطل الحطُّ بفواته، إذ الثابت مرَّةً يعتبر ثابتًا مرَّةً أخرىٰ إذا أفاد اعتباره ثابتًا مرَّةً أخرىٰ، بدليل أنَّ من ظاهر من امرأته مرارًا صحَّ لِمَا أنَّ إثباته مرارًا يفيد شيئًا وهو وجوب الكفارة، فكذلك ههنا النقد يعتبر واجبًا مرَّةً أخرىٰ ليصير عوضًا عن الحطِّ لفواته.

قوله: وَسَتَخْرُجُ البُدَاءَةُ بِالْإِبْرَاءِ، وهو الوجه الثالث المذكور بعد هذا، وفيه العُذر لِمَا قاسَ عليه أبو يوسفَ رحمه الله تعالىٰ بقوله: كما إذا بدأ بالإبراء.

قوله: وَأَدَاءُ الخَمْسِمِائَةِ لَا يَصْلُحُ عِوَضًا مُطْلَقًا، لأنَّ العوضَ ما لا يكون حاصلاً له، وههنا أداء الخمس مائة حاصلٌ لأنه واجبٌ عليه بدون إبراء بعضه.

قوله: فَوَقَعَ الشَّكُّ فِي تَقْيِيدِهِ، أي في تقييد الإبراء بالشرط بعد ما أطلق الإبراء،

الإِبْرَاءَ حَصَلَ مَقْرُونًا بِهِ، فَمِنْ حَيْثُ إِنَّهُ لَا يَصْلُحُ عِوَضًا يَقَعُ مُطْلَقًا، وَمِنْ حَيْثُ إِنَّهُ يَصْلُحُ شَرْطًا لَا يَقَعُ مُطْلَقًا فَلَا يَثْبُتُ الإِطْلَاقُ بِالشَّكِّ فَافْتَرَقَا. وَالرَّابِعُ: إِذَا قَالَ أَدِّ إِلَيَّ خَمْسَمِائَةٍ عَلَىٰ أَنَّك بَرِيءٌ مِنَ الفَضْلِ وَلَمْ يُؤَقِّتْ لِلْأَدَاءِ وَقْتًا. وَجَوَابُهُ أَنَّهُ يَصِحُّ الإِبْرَاءُ وَلَا يَعُودُ الدَّيْنُ لِأَنَّ هٰذَا إِبْرَاءٌ مُطْلَقٌ، لِأَنَّهُ لَمَّا لَمْ يُؤَقِّتْ لِلْأَدَاءِ وَقْتًا لَا يَكُونُ الأَدَاءُ غَرَضًا صَحِيحًا لِأَنَّهُ وَاجِبٌ عَلَيْهِ فِي مُطْلَقِ الأَزْمَانِ فَلَمْ يَتَقَيَّدْ بَلْ يُحْمَلُ عَلَى المُعَاوَضَةِ وَلَا يَصْلُحُ عِوَضًا، بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ لِأَنَّ الأَدَاءَ فِي الغَدِ غَرَضٌ صَحِيحٌ. وَالْخَامِسُ: إِذَا قَالَ إِنْ أَدَّيْتَ إِلَيَّ خَمْسَمِائَةٍ أَوْ قَالَ إِذَا أَدَّيْتَ أَوْ مَتَىٰ أَدَّيْتَ. فَالْجَوَابُ فِيهِ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ الإِبْرَاءُ لِأَنَّهُ عَلَّقَهُ بِالشَّرْطِ صَرِيحًا، وَتَعْلِيقُ البَرَاءَاتِ بِالشُّرُوطِ بَاطِلٌ لِمَا فِيهَا مِنْ مَعْنَىٰ التَّمْلِيكِ

لأنَّ أداء الخمس مائة إن صلح مقيَّدًا من حيث إنه يصلح شرطًا لا يصلحُ مقيَّدًا من حيث إنه يصلح عوضًا فوقع الشكُّ في التقييد فلا يثبت بالشكِّ، بخلاف ما إذا بدأ بأداء خمس مائة لأنَّ الإبراء حصل مقيَّدًا بأداء خمس مائةٍ وباعتبار صلاحيته شرطًا لا عوضًا وقع الشكُّ في إطلاق الإبراء فلا يثبتُ الإطلاق بالشكِّ، وفي المسئلة الرابعة الإبراء مطلقٌ لأنَّ أداء الخمس مائة لا يصلح عوضًا، وكذا لا يصلح غرضًا صحيحًا لمَّا لم يقيِّده بزمانٍ معيَّنٍ فيلغو ذكره، وفي المسئلة الخامسة لا يصحُّ الإبراء لأنَّ تعليق البَراءة بالشرط الصريح باطلٌ، وهذا لأنَّ الإبراء إسْقَاطٌ حتى لا يتوقَّف على القبول، وفيه معنى التمليك حتى يرتدُّ بالردِّ، وتعليق التمليك بالشرط كالبيع ونحوه لا يجوز، وتعليق الإسقاط بالشرط كالعتاق والطلاق جائزٌ، ففي الإبراء المشتمل على المعنيين قلنا يصحُّ إذا لم يصرح بالشرط، ولا يصحُّ إذا صرح بالشرط عملاً بالشبهين.

حَتَّىٰ يَرْتَدَّ بِالرَّدِّ، بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ لِأَنَّهُ مَا أَتَىٰ بِصَرِيحِ الشَّرْطِ فَحُمِلَ عَلَىٰ التَّقْيِيدِ بِهِ.

قَالَ: (وَمَنْ قَالَ لِآخَرَ لَا أُقِرُّ لَك بِمَالِك حَتَّىٰ تُؤَخِّرَهُ عَنِّي أَوْ تَحُطَّ عَنِّي فَفَعَلَ جَازَ عَلَيْهِ) لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمُكْرَهٍ، وَمَعْنَى الْمَسْأَلَةِ إذَا قَالَ ذٰلِكَ سِرًّا، أَمَّا إذَا قَالَ عَلَانِيَةً يُؤْخَذُ بِهِ.

قوله: جَازَ، أي التأخير والحطُّ علىٰ ربِّ المال.

قوله: لَيْسَ بِمُكْرَهٍ، لأنه يمكنه دفعُ هذا بإقامة البينة أو الاستخلاف لينكل، ألا ترىٰ أنَّ الصلح على الإنكار يجوز ولا يتحقّق فيه معنى الإنكار لِمَا قلنا، إلَّا أنَّ فيه نوع اضطرارٍ وذا لا يمنع نفاذ التصرف، كشراء الطعام بثمنٍ غالٍ عند المجاعة، أو بيع عينٍ من أعيان ماله بطعامٍ ليأكله، كان تصرُّفه نافذًا، وإن كان مضطرًّا فيه فكذلك إذا أخَّر أو حطَّ مضطرًّا، والله تعالىٰ أعلم.

❊ ❊ ❊

فَصْلٌ فِي الدَّيْنِ الْمُشْتَـرَكِ

قَالَ: (وَإِذَا كَانَ الدَّيْنُ بَيْنَ شَرِيكَيْنِ فَصَالَحَ أَحَدُهُمَا مِنْ نَصِيبِهِ عَلَىٰ ثَوْبٍ فَشَرِيكُهُ بِالْخِيَارِ، إِنْ شَاءَ اتَّبَعَ الَّذِي عَلَيْهِ الدَّيْنُ بِصِفَةٍ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ

فصل في الدين المشترك

قوله: وَإِذَا كَانَ الدَّيْنُ بَيْنَ شَرِيكَيْنِ، وضع المسئلة في الدَّين لأنَّ في العين بين الشريكين إذا صالح أحدهما من نصيبه علىٰ شيءٍ لم يشرك الآخر فيه، وذكر في باب الصلح في الغصب من صلح المبسوط: ولو أنَّ رجلين ادَّعيا في دارٍ دعوى ميراث عن أبيهما فصالح أحدهما علىٰ مالٍ لم يشركه الآخر فيه، سواءٌ كان المصالح منكرًا أو مقرًّا، لأنَّهما يتصادقان علىٰ أنَّ المدعي ملكها وأنَّ المصالح مانعٌ لنصيبه، وتصادقهما يكون حجَّةً في حقِّهما.

قوله: فَصَالَحَ أَحَدُهُمَا مِنْ نَصِيبِهِ، قيَّد بالمصالحة لأنه إذا اشترىٰ أحدهما بنصيبه سلعةً لم يشرك الآخر فيها علىٰ ما يجيء في الكتاب، وقيَّد بالمصالحة علىٰ ثوبٍ ليستقيم ما ذكره من حكم الخيار للقابض وهو قوله: إلَّا أن يضمن له شريكه ربع الدين.

قوله: وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ نِصْفَ الثَّوْبِ، لأنَّ له حقُّ المشاركة، فإن قيل: ينبغي أن لا يكون له حقُّ المشاركة في الثوب لأنَّ الصلح علىٰ خلاف جنس الحقِّ يكون معاوضةً، وفي المعاوضة المحضة لا سبيلَ للشريك على الثوب، كذا هنا، قلنا: قد ذكر في مبسوط خواهر زاده: أنَّ الصلح علىٰ خلاف جنس الحقِّ شراءٌ في عامة الأحكام استيفاءٌ لعين الحقِّ في بعض الأحكام، وأمَّا المعاوضة المحضة فليست باستيفاءٍ لبعض الحقِّ بوجهٍ ما، ويظهر

نِصْفَ الثَّوْبِ إِلَّا أَنْ يَضْمَنَ لَهُ شَرِيكُهُ رُبُعَ الدَّيْنِ) وَأَصْلُ هٰذَا أَنَّ الدَّيْنَ المُشْتَرَكَ بَيْنَ اثْنَيْنِ إِذَا قَبَضَ أَحَدُهُمَا شَيْئًا مِنْهُ فَلِصَاحِبِهِ أَنْ يُشَارِكَهُ فِي المَقْبُوضِ لِأَنَّهُ ازْدَادَ بِالْقَبْضِ، إِذْ مَالِيَّةُ الدَّيْنِ بِاعْتِبَارِ عَاقِبَةِ القَبْضِ، وَهٰذِهِ الزِّيَادَةُ رَاجِعَةٌ إِلَىٰ أَصْلِ الحَقِّ فَتَصِيرُ كَزِيَادَةِ الوَلَدِ وَالثَّمَرَةِ وَلَهُ حَقُّ المُشَارَكَةِ، وَلٰكِنَّهُ قَبْلَ المُشَارَكَةِ بَاقٍ عَلَىٰ مَالِكِ القَابِضِ، لِأَنَّ العَيْنَ غَيْرُ الدَّيْنِ حَقِيقَةً وَقَدْ قَبَضَهُ بَدَلًا عَنْ حَقِّهِ فَيَمْلِكُهُ حَتَّىٰ يَنْفُذَ

هذا في مسائلَ: منها: إذا صالح من الدين علىٰ عبدٍ وصاحبه مقرٌّ بالدين وقبض العبد ليس له أن يبيعه مرابحةً من غير بيانٍ، ولو كان مكانه شراء له أن يبيعه مرابحةً من غير بيانٍ، ولو تصادقا علىٰ أن لا دينَ يبطل الصلح، ولو تصادقا علىٰ أن لا دين لا يبطل الشراء، ولو ادَّعىٰ دارًا في يد إنسان أنَّها له فجَحَد ثمَّ صالحه علىٰ أنه اشترى الدار من المدَّعي بأمةٍ له كان للشفيع أن يأخذها بالشفعة بقيمة الأمة، ولو صالحه عن الدار علىٰ أمة بعد ما جَحَد الدار لا يصير مقرًّا له ولا يكون للشفيع الشفعة.

قوله: إِلَّا أَنْ يَضْمَنَ لَهُ شَرِيكُهُ رُبُعَ الدَّيْنِ، استثناء من قوله: إن شاء أخذ نصف الثوب، فإنَّ الشريك إذا ضمن له ربع الدين لا يبقىٰ للساكت ولاية الشركة في نصف الثوب، ويجوز أن يكون من قوله: إن شاء اتبع الذي عليه الدين بنصفه، فإنَّ الشريك إذا ضمن له نصف المقبوض لا يبقىٰ له ولاية الرجوع بنصف الدين بل يرجع برُبعه، والأحسن أن يكون من قوله: فشريكه بالخيار إلَّا إذا ضمن له شريكه ربع الدين، فحينئذٍ لا يبقىٰ له الخيار ألبتة.

قوله: إِذَا قَبَضَ أَحَدُهُمَا شَيْئًا مِنْهُ، أي بطريق الاستيفاء.

قوله: لِأَنَّهُ ازْدَادَ بِالْقَبْضِ، لأنَّ للنقد مزية على النسيئة.

تَصَرُّفُهُ فِيهِ وَيَضْمَنَ لِشَرِيكِهِ حِصَّتَهُ، وَالدَّيْنُ الْمُشْتَرَكُ يَكُونُ وَاجِبًا بِسَبَبٍ مُتَّحِدٍ كَثَمَنِ المَبِيعِ إِذَا كَانَ صَفْقَةً وَاحِدَةً وَثَمَنِ المَالِ الْمُشْتَرَكِ وَالْمَوْرُوثِ بَيْنَهُمَا وَقِيمَةِ الْمُسْتَهْلَكِ الْمُشْتَرَكِ. إِذَا عَرَفْنَا هٰذَا فَنَقُولُ فِي مَسْأَلَةِ الكِتَابِ: لَهُ أَنْ يَتْبَعَ الَّذِي عَلَيْهِ الأَصْلُ لِأَنَّ نَصِيبَهُ بَاقٍ فِي ذِمَّتِهِ لِأَنَّ القَابِضَ قَبَضَ نَصِيبَهُ لٰكِنَّ لَهُ حَقَّ الْمُشَارَكَةِ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ نِصْفَ الثَّوْبِ لِأَنَّ لَهُ حَقَّ الْمُشَارَكَةِ إِلَّا أَنْ يَضْمَنَ لَهُ شَرِيكُهُ رُبُعَ الدَّيْنِ لِأَنَّ حَقَّهُ فِي ذٰلِكَ. قَالَ: (وَلَوِ اسْتَوْفَىٰ نِصْفَ نَصِيبِهِ مِنَ الدَّيْنِ كَانَ لِشَرِيكِهِ أَنْ يُشَارِكَهُ فِيمَا قَبَضَ) لِمَا قُلْنَا (ثُمَّ يَرْجِعَانِ عَلَى الغَرِيمِ بِالْبَاقِي) لِأَنَّهُمَا لَمَّا اشْتَرَكَا فِي المَقْبُوضِ لَا بُدَّ أَنْ يَبْقَىٰ البَاقِي عَلَى الشَّرِكَةِ.

قَالَ: (وَلَوِ اشْتَرَىٰ أَحَدُهُمَا بِنَصِيبِهِ مِنَ الدَّيْنِ سِلْعَةً كَانَ لِشَرِيكِهِ أَنْ يُضَمِّنَهُ رُبُعَ الدَّيْنِ) لِأَنَّهُ صَارَ قَابِضًا حَقَّهُ بِالْمُقَاصَّةِ كَامِلًا، لِأَنَّ مَبْنَىٰ البَيْعِ عَلَى المُمَاكَسَةِ بِخِلَافِ الصُّلْحِ لِأَنَّ مَبْنَاهُ عَلَى الإِغْمَاضِ وَالْحَطِيطَةِ، ....

قوله: كَثَمَنِ المَبِيعِ إِذَا كَانَ صَفْقَةً وَاحِدَةً، بأن جمع اثنان عبدين لكلٍّ واحد منهما عبدٌ وباعا صفقةً واحدةً فيكون ثمنهما على الاشتراك، وإن اختصَّ كلٌّ واحد من العبدين بأحدهما وثمن المال المشترك بأن باعا عبدًا مشتركًا بينهما صفقةً واحدةً والموروث بينهما بأن مات مورثهما وله دينٌ علىٰ رجل فورثاه.

قوله: لِمَا قُلْنَا، إشارةٌ إلىٰ قوله: لأنَّـه ازداد بالقبض.

فَلَوْ أَلْزَمْنَاهُ دَفْعَ رُبْعِ الدَّيْنِ يَتَضَرَّرُ بِهِ فَيَتَخَيَّرُ القَابِضُ كَمَا ذَكَرْنَا، وَلَا سَبِيلَ لِلشَّرِيكِ عَلَى الثَّوْبِ فِي البَيْعِ لِأَنَّهُ مَلَكَهُ بِعَقْدِهِ وَالِاسْتِيفَاءِ بِالْمُقَاصَّةِ بَيْنَ ثَمَنِهِ وَبَيْنَ الدَّيْنِ. وَلِلشَّرِيكِ أَنْ يَتْبَعَ الغَرِيمَ فِي جَمِيعِ مَا ذَكَرْنَا لِأَنَّ حَقَّهُ فِي ذِمَّتِهِ بَاقٍ لِأَنَّ القَابِضَ اسْتَوْفَىٰ نَصِيبَهُ حَقِيقَةً لٰكِنَّ لَهُ حَقَّ المُشَارَكَةِ فَلَهُ أَنْ لَا يُشَارِكَهُ، فَلَوْ سَلَّمَ لَهُ مَا قَبَضَ ثُمَّ تَوَىٰ مَا عَلَى الغَرِيمِ لَهُ أَنْ يُشَارِكَ القَابِضَ لِأَنَّهُ رَضِيَ بِالتَّسْلِيمِ لِيُسَلِّمَ لَهُ مَا فِي ذِمَّةِ الغَرِيمِ وَلَمْ يُسَلِّمْ، وَلَوْ وَقَعَتِ المُقَاصَّةُ بِدَيْنٍ كَانَ عَلَيْهِ مِنْ قَبْلُ لَمْ يَرْجِعْ عَلَيْهِ الشَّرِيكُ لِأَنَّهُ قَاضٍ بِنَصِيبِهِ لَا مُقْتَضٍ، وَلَوْ أَبْرَأَهُ عَنْ نَصِيبِهِ فَكَذٰلِكَ لِأَنَّهُ إِتْلَافٌ وَلَيْسَ بِقَبْضٍ، وَلَوْ أَبْرَأَهُ عَنِ البَعْضِ كَانَتْ قِسْمَةُ البَاقِي عَلَىٰ مَا بَقِيَ مِنَ السِّهَامِ، وَلَوْ أَخَّرَ أَحَدُهُمَا

قوله: فَلَوْ أَلْزَمْنَاهُ دَفْعَ رُبْعِ الدَّيْنِ يَتَضَرَّرُ بِهِ، يعني لو ألزمنا المصالح ربع الدين يتضرَّر به لأنَّ الصلح مبناه على الحطِّ بما كان المصالح عليه لا يبلغ قيمته إلَّا رُبع الدين فيتضرَّر به فيخيَّر بين أن يدفع نصف المصالح عليه أو ربع الدين كما ذكرنا، بخلاف ما إذا اشترىٰ أحد الشريكين من المديون شيئًا بحصته حيث كان له أن يضمنه ربع الدين لأنَّ مبنى البيع على المماكسة، فالظاهر استيفاء حقِّه كملاً فلا ضررَ له في إيجاب ربع الدين ثمَّ لا سبيلَ للشريك على الثوب المبيع لأنه ملكه بعقد البيع لا بسبب الدين، لأنَّ عقد الشراء مثبتٌ للملك بنفسه فيستغني عن قيام الدين السابق، ولا كذلك عقد الصلح.

قوله: لِأَنَّهُ قَاضٍ بِنَصِيبِهِ لَا مُقْتَضٍ، لأنَّ آخر الدينين يصير قضاءً عن أوَّلهما، لأنَّ القضاء لا يسبق الوجوب.

عَنْ نَصِيبِهِ صَحَّ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ اعْتِبَارًا بِالْإِبْرَاءِ الْمُطْلَقِ، وَلَا يَصِحُّ عِنْدَهُمَا لِأَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَىٰ قِسْمَةِ الدَّيْنِ قَبْلَ الْقَبْضِ، وَلَوْ غَصَبَ أَحَدُهُمَا عَيْنًا مِنْهُ أَوِ اشْتَرَاهَا شِرَاءً فَاسِدًا وَهَلَكَ فِي يَدِهِ فَهُوَ قَبْضٌ

قوله: لِأَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَىٰ قِسْمَةِ الدَّيْنِ قَبْلَ القَبْضِ، وإنَّما قلنا أنَّ هذا قسمةٌ لأنَّ نصيب أحدهما يصير مخالفًا لنصيب الآخر فى الوصف والحكم، أمَّا في الوصف فلأنَّه يُقال لأحد النصيبين حالٌ وللآخر مؤجَّلٌ، وأمَّا في الحكم فلأنَّ للساكت أن يطالب المديون بنصيبه في الحال وللمؤخر لا، والقسمة ليست إلَّا أن يصير أحد النصيبين مخالفًا للآخر، وقسمة الدين قبل القبض لا تجوز، لأنَّ القسمة تميزٌ وما في الذمَّة لا يتصوَّرُ فيها التميز، ولأنَّ في القسمة تمليكُ كلِّ واحد منهما نصفَ نصيبه من شريكه عوضًا عمَّا يتملكه عليه وتمليكُ الدين من غير من عليه الدين لا يجوز، لأنَّ في ذلك نقلاً للوصف من محلٍّ إلىٰ محلٍّ آخر قصدًا والانتقال على الأوصاف محالٌ والدَّين وصفٌ شرعيٌّ في الذمَّة يظهر أثره عند المطالبة، والفرقُ لأبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالىٰ بين الإبراء المؤقَّت والمؤبَّد حيث قالوا بصحة الإبراء هو أنه لا يبقىٰ نصيبه بعد الإبراء أصلاً، والقسمة إنَّما تكون مع بقاء نصيب كلِّ واحد منهما، وفي التأخير بقي نصيب كل واحد منهما في أصل الدَّين علىٰ حاله، حتى أنَّ الآخر إذا قبض نصيبه ثمَّ حلَّ الأجل كان للمؤخر أن يشاركه في المقبوض ويكون ما بقي مشتركًا بينهما، ولأنَّ في التصرف المؤخَّر إضرارًا بشريكه وأحدُ الشريكين إذا تصرَّف في نصيبه علىٰ وجهٍ يلحق الضَّرر بصاحبه لم ينفذ تصرُّفه في حقِّ شريكه، كما لو كاتب أحد الشريكين في العبد نصيبه كان للآخر أن يبطل الكتابة، وههنا في التأخير ضررٌ دون الإبراء، بيان ذلك أنه يجعل مؤنة المطالبة بجميع الدين علىٰ شريكه لأنه إذا أخَّر نصيبه ثمَّ استوفى الآخر نصيبه فهو يشاركه عند حلول الأجل في المقبوض فلا يزال يفعل هكذا حتَّىٰ تكون مؤنة المطالبة في جميع الدَّين علىٰ شريكه، وفيه من الضَّرر ما لا يخفىٰ،

وَالِاسْتِئْجَارُ بِنَصِيبِهِ قَبْضٌ، وَكَذَا الإِحْرَاقُ عِنْدَ مُحَمَّدٍ - رَحِمَهُ اللهُ - خِلَافًا لِأَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَالتَّزَوُّجُ بِهِ إِتْلَافٌ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ،

بخلاف الإبراء إذ ليسَ فيه إضرارٌ بشريكه لأنه لا يشاركه فيما يقبض بعد ذلك.

قوله: وَالِاسْتِئْجَارُ بِنَصِيبِهِ قَبْضٌ، صورة المسئلة ما إذا كان لرجلين علىٰ رجل ألف درهم فاستأجر أحدهما بنصيبه من الألف دارًا من الغريم سنةً وسكنها، فأراد شريك المستأجر اتباعه فإنه له ذلك لأنه صار مقتضيًا نصيبه وقد قبض ماله حكم المال من كل وجهٍ، لأنَّ ما عدله منافع البضع من المنافع جعل مالاً من كل وجهٍ عند ورود العقد عليها، حتّىٰ لم يثبت الحيوان دينًا في الذمة بدلاً عن المنفعة كما في غيرها من الأموال، وروى ابن سماعة عن محمد رحمهما الله تعالىٰ: هذا إذا استأجر أحدهما بخمس مائةٍ، أي مطلقًا من غير إضافةٍ إلىٰ نصيبه من الدين ثمَّ صار قصاصًا بنصيبه، فأمَّا إذا استأجر بحصَّته من الدين لم يكن للآخر أن يرجع عليه بشيءٍ وجعل هذا بمنزلة النكاح لأنَّ المنفعةَ ليست بمالٍ مطلقٍ، فإذا كان بدل نصيبه المنفعة لا يضمن باعتباره مالاً مطلقًا لشريكه.

قوله: وَكَذَا الإِحْرَاقُ عِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ، قيل: صورة المسئلة المختلف فيها ما إذا رمىٰ بالنار علىٰ ثوب المديون فأحْرَقه، وأمَّا إذا أخذ الثوب ثمَّ أحْرقه فإنَّ للشريك أن يتبع المحرق بالإجماع لأنه حينئذٍ يكون الاستهلاك بعد الغصب.

قوله: وَالتَّزَوُّجُ بِهِ إِتْلَافٌ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ، أي التزوُّج بنصيبه من الدين إتلافٌ حتى لا يرجع الآخر على المتزوِّج، وإنَّما قيَّد بنصيبه لأنه لو تزوَّج أحد الشريكين المديونة علىٰ خمس مائةٍ ونصيبه خمس مائةٍ ولكن لم تضف إلى الدَّين فإنَّ ثمنه يتبع الساكت الزوج لأنَّ الزوج صار مستوفيًا نصيبه بطريق المقاصة فيرجع الساكت عليه، ولا كذلك إذا أضاف العقد إلى الدين لأنَّ النكاح تعلَّق به فيسقط بنفس القبول فصار بمنزلة الإبراء وهناك لا يتبع فكذا هنا، وقوله: فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ، احترازٌ عمَّا روىٰ بشرًا عن أبي يوسف

وَكَذَا الصُّلْحُ عَلَيْهِ مِنْ جِنَايَةِ العَمْدِ.

قَالَ: (وَإِذَا كَانَ السَّلَمُ بَيْنَ شَرِيكَيْنِ فَصَالَحَ أَحَدُهُمَا مِنْ نَصِيبِهِ عَلَىٰ رَأْسِ المَالِ لَمْ يَجُزْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللهُ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - يَجُوزُ الصُّلْحُ) اعْتِبَارًا بِسَائِرِ الدُّيُونِ، وَبِمَا إِذَا اشْتَرَيَا

رحمهما الله تعالىٰ أنَّ للآخر أن يشاركه فيضمنه نصفَ نصيبه من الدين لأنَّ التزوج بالدين المشترك قبض لأنَّ التزوج وإن كان به لفظًا لكنه بمثله معنًى فصار كتزوَّجها بخمس مائةٍ، والفرق علىٰ ظاهر الرواية أنه متىٰ تزوَّجها علىٰ نصبيه من الدين لم يصر الزوج مقتضيًا لنصيبه من الدَّين لأنه تعلَّق النكاح بعين الحصَّة، لأنَّ النكاح متىٰ أضيف إلىٰ دينٍ في الذمة يتعلق النكاح بعين المضاف إليه وصار ذلك ملكًا لها بالنكاح ثمَّ يسقط عن ذمَّتها عين نصيب الزوج فكان بمنزلة الهبة والإبراء، بخلاف ما لو تزوَّجها بخمس مائةٍ.

قوله: وَكَذَا الصُّلْحُ عَلَيْهِ مِنْ جِنَايَةِ العَمْدِ، أي جنىٰ أحد الشريكين على المديون عمدًا فصالحه عنها علىٰ نصيبه.

قوله: وَإِذَا كَانَ السَّلَمُ بَيْنَ شَرِيكَيْنِ فَصَالَحَ أَحَدُهُمَا مِنْ نَصِيبِهِ عَلَى رَأْسِ المَالِ لَمْ يَجُزْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللهُ تَعَالَىٰ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ يَجُوزُ الصُّلْحُ، والحاصل أنه يتوقَّف الصلح عندهما علىٰ إجازة صاحبه، فإن أجاز نفذ عليهما كأنَّهما صالحاه وكان ما قبض بينهما وما بقىٰ من السلم بينهما، وإن ردَّه بطلَ أصلاً وبقى الطعام كله بينهما، وعند أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ الصلح جائزٌ بين المصالح والمسلم إليه، لِمَا أنَّ الصلح عن المسلم فيه علىٰ رأس المال كالصلح عن سائر الديون علىٰ أيِّ بدلٍ كان عنده، ثمَّ أحد ربي الدين إذا صالح عن نصيبه مع المديون علىٰ بدلٍ جاز الصلح ويخيِّر الآخر بين أن يشاركه في المقبوض وبين أن يرجع على المديون

عَبْدًا فَأَقَالَ أَحَدُهُمَا فِي نَصِيبِهِ. وَلَهُمَا أَنَّهُ لَوْ جَازَ فِي نَصِيبِهِ خَاصَّةً يَكُونُ قِسْمَةُ الدَّيْنِ فِي الذِّمَّةِ، وَلَوْ جَازَ فِي نَصِيبِهِمَا لَا بُدَّ مِنْ إِجَازَةِ الآخَرِ بِخِلَافِ شِرَاءِ العَيْنِ، وَهٰذَا لِأَنَّ المُسْلَمَ فِيهِ صَارَ وَاجِبًا بِالْعَقْدِ وَالْعَقْدُ قَامَ بِهِمَا فَلَا يَنْفَرِدُ أَحَدُهُمَا بِرَفْعِهِ، وَلِأَنَّهُ لَوْ جَازَ لَشَارَكَهُ فِي المَقْبُوضِ، فَإِذَا شَارَكَهُ فِيهِ رَجَعَ المُصَالِحُ عَلَىٰ مَنْ عَلَيْهِ بِذٰلِكَ فَيُؤَدِّي إِلَىٰ عَوْدِ السَّلَمِ بَعْدَ سُقُوطِهِ. قَالُوا: هٰذَا إِذَا خَلَطَا رَأْسَ المَالِ، فَإِنْ لَمْ

بنصيبه من ذلك الدين، كذلك ههنا.

قوله: بِخِلَافِ شِرَاءِ العَيْنِ، جوابٌ لقوله: وبما إذا اشتَريا عبدًا فأقال أحدهما أي الإقالة في العين تصرُّف في الحكم في حالة البقاء وذلك يستغني عن العقد وهنا التصرُّف في إبطاله واقعٌ في العقد وهو ينعقد بِهما فلا يجوز أن يتفرَّد أحدهما بالإبطال باعتبار تصرُّفه في حكمه في حال ثبوته، إذ حالة الدَّين كحالة الوجود إلىٰ أن يقبض والحكم يقتصر إلى العلة ثبوتًا، ولأنه لو جاز الصلح من أحدهما يؤدِّي إلىٰ أن يسقط حقُّ رب السلم عن المسلم فيه ويتقرَّر في رأس المال ثمَّ يعود في المسلم فيه، وذا لا يجوز، كما لو تقايلا السلم ثمَّ أرادا فسخ الإقالة فإنه لم يجز، بخلاف بيع العين، وهذا لأنَّ الآخر إذا اختار المشاركةَ في المقبوض مع المصالح كان ما بقي من طعام السلم مشتَركًا بينهما، وقد سقط بالصلح حقُّ المصالح عن المسلَّم فيه وتقرَّر في رأس المال، فلا يجوز أن يعود حقَّه بعد ذلك في المسلم فيه لأنه لو عادَ لعاد بعد بطلان الإقالة والإقالة في باب السلم لا تحتمل الإبطال.

قوله: قَالُوا: هٰذَا إِذَا خَلَطَا رَأْسَ المَالِ، أي هذا الخلاف فيما إذا خلطا رأس المال، فإن لم يكونا قد خلطاه فعلى الوجه الأوَّل، وهو ما ذكر أنه لو جاز في نصيبه خاصَّةً يكون قسمة الدين في الذمَّة هو على الخلاف، لأنَّ دلالة الوجه الأوَّل لا تتفاوت بين الاختلاط

يَكُونَا قَدْ خَلَطَاهُ فَعَلَىٰ الوَجْهِ الأَوَّلِ هُوَ عَلَىٰ الخِلَافِ، وَعَلَىٰ الوَجْهِ الثَّانِي هُوَ عَلَىٰ الِاتِّفَاقِ.

وعدمه، وَعَلَى الوَجْهِ الثَّانِي - وهو ما ذكر أنه لو جاز يشاركه في المقبوض - هُوَ عَلَى الِاتِّفَاقِ، أي جوابُهما هٰهنا كجواب أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ، لأنَّ ذلك إنَّما يتحقَّق باعتبار مشاركة الساكت مع المصالح في المقبوض، وليسَ له حقُّ المشاركة ههنا إذا لم يكن بينهما شركةٌ فيما نقدا من رأس المال، والصحيح أنَّ الخلاف في الفصلين ثابتٌ إلَّا أنَّ عدم جواز الصلح فيما إذا خلطا بعلتين وفيما إذا لم يخلطا بعلَّةٍ واحدةٍ، وذكر في الأوْضَح أنَّ دعوى الإجماع فيه غير سديدٍ لأنَّ الشركةَ في المقبوض إنَّما تلزم من الشركة في دين السلم، والشركة في دين السلم من اتحاد عقدهما، وذلك ثابتٌ لا يختلف بين ما إذا خلطا رأس المال وبين ما إذا نقد كل واحد منهما نقدًا علىٰ حدةٍ، والله تعالىٰ أعلم.

* * *

فَصْلٌ فِي التَّخَارُجِ

قَالَ: (وَإِذَا كَانَتِ الشَّرِكَةُ بَيْنَ وَرَثَةٍ فَأَخْرَجُوا أَحَدَهُمْ مِنْهَا بِمَالٍ أَعْطَوْهُ إِيَّاهُ وَالتَّرِكَةُ عَقَارٌ أَوْ عُرُوضٌ جَازَ قَلِيلًا كَانَ مَا أَعْطَوْهُ إِيَّاهُ أَوْ كَثِيرًا) لِأَنَّهُ أَمْكَنَ تَصْحِيحُهُ بَيْعًا. وَفِيهِ أَثَرُ عُثْمَانَ، فَإِنَّهُ صَالَحَ تَمَاضُرَ الْأَشْجَعِيَّةَ

فصل في التخارج

وهو من الخروج وهو أن يصطلح الورثة على إخراج بعضهم بشيءٍ معلومٍ، وصورته امرأةٌ ماتت وتركت زوجًا وبنتًا وأختًا لأبٍ وأمٍ ففي المسئلة الربع والنصف والباقي، والتَّركة دنانير وأثواب فصولح الزوج على الأثواب والدنانير يقسم بين البنت والأخت علىٰ ثلاثة أسهمٍ، سهمان للبنت وسهم للأخت.

قوله: لِأَنَّهُ أَمْكَنَ تَصْحِيحُهُ بَيْعًا، إنَّما تعيَّن البيع فيه للجواز دون الإبراء عمَّا زاد من نصيبه، لأنا لو قلنا بالإبراء يلزم الإبراء عن الأعيان الغير المضمونة، وهو لا يصحُّ، فتعيَّن البيع.

قوله: وَفِيهِ أَثَرُ عُثْمَانَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، رُوِيَ عن عَمرو ابن دينارٍ أنَّ إحدىٰ نساء عبد الرحمن بن عوف رضي الله تعالىٰ عنه صالحوها علىٰ ثلاثة وثمانين ألفًا علىٰ أن أخرجوها من الميراث وهي تماضر كان طلَّقها في مرضه، فاختلفت الصحابة رضيَ الله تعالىٰ عنهم أجمعين في ميراثها منه ثمَّ صالحوها على الشطر، وكانت له أربعَ نسوةٍ وأوْلادٍ فحظُّها رُبع الثمن جزءٌ من اثنين وثلاثين جزءًا فصالحوها علىٰ نصف ذلك وهو جزءٌ من أربعة وستين جزءًا وأخذت بِهذا الحساب ثلاثة وثمانين ألف دينارٍ.

امْرَأَةَ عَبْدِ الرَّحْمٰنِ بْنِ عَوْفٍ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - عَنْ رُبُعِ ثَمَنِهَا عَلَىٰ ثَمَانِينَ أَلْفِ دِينَارٍ.

قَالَ: (وَإِنْ كَانَتِ التَّرِكَةُ فِضَّةً فَأَعْطَوْهُ ذَهَبًا أَوْ كَانَ ذَهَبًا فَأَعْطَوْهُ فِضَّةً فَهُوَ كَذٰلِكَ) لِأَنَّهُ بَيْعُ الجِنْسِ بِخِلَافِ الجِنْسِ فَلَا يُعْتَبَرُ التَّسَاوِي وَيُعْتَبَرُ التَّقَابُضُ فِي المَجْلِسِ لِأَنَّهُ صَرْفٌ غَيْرَ أَنَّ الَّذِي فِي يَدِهِ بَقِيَّةُ التَّرِكَةِ إنْ كَانَ جَاحِدًا يَكْتَفِي بِذٰلِكَ القَبْضِ لِأَنَّهُ قَبْضُ ضَمَانٍ فَيَنُوبُ عَنْ قَبْضِ الصُّلْحِ وَإِنْ كَانَ مُقِرًّا لَا بُدَّ مِنْ تَجْدِيدِ القَبْضِ لِأَنَّهُ قَبْضُ أَمَانَةٍ فَلَا يَنُوبُ عَنْ قَبْضِ الصُّلْحِ (وَإِنْ كَانَتِ التَّرِكَةُ ذَهَبًا وَفِضَّةً وَغَيْرَ ذٰلِكَ فَصَالَحُوهُ عَلَىٰ ذَهَبٍ أَوْ فِضَّةٍ فَلَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ مَا أَعْطَوْهُ أَكْثَرَ مِنْ نَصِيبِهِ مِنْ ذٰلِكَ الجِنْسِ حَتَّىٰ يَكُونَ نَصِيبُهُ بِمِثْلِهِ وَالزِّيَادَةُ بِحَقِّهِ مِنْ

قوله: لِأَنَّهُ قَبْضُ ضَمَانٍ فَيَنُوبُ عَنْ قَبْضِ الصُّلْحِ، الأصل أنه متىٰ تجانس القبضان نابَ أحدهما عن الآخر، وإن اختلفا نابَ المضمون عن غير المضمون، ولا ينوبُ غير المضمون عن المضمون.

قوله: لَا بُدَّ مِنْ تَجْدِيدِ القَبْضِ، وهو أن يرجع إلىٰ موضعِ فيه العين ويمضي وقت يتمكَّن فيه من قبضه.

قوله: فَلَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ مَا أَعْطَوْهُ أَكْثَرَ مِنْ نَصِيبِهِ مِنْ ذٰلِكَ الجِنْسِ، قال الحاكم أبو الفضل رحمه الله تعالىٰ: إنَّما يبطل الصلح علىٰ مثل نصيبه أو أقلَّ من مال الربا في حال التصادق، وأمَّا في حال المناكرة فالصلح جائزٌ لأنه يُعطى المال لدفع الخصومة فلا يتمكَّن فيه الربا، وقيل إنه باطلٌ في الوجهين لأنه معاوضةٌ في حقِّ المدَّعي فيتمكَّن فيه الربا.

بَقِيَّةِ التَّرِكَةِ) احْتِرَازًا عَنِ الرِّبَا، وَلَا بُدَّ مِنَ التَّقَابُضِ فِيمَا يُقَابِلُ نَصِيبَهُ مِنَ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ لِأَنَّهُ صَرْفٌ فِي هٰذَا الْقَدْرِ، وَلَوْ كَانَ بَدَلَ الصُّلْحِ عَرَضًا جَازَ مُطْلَقًا لِعَدَمِ الرِّبَا، وَلَوْ كَانَ فِي التَّرِكَةِ دَرَاهِمُ وَدَنَانِيرُ وَبَدَلُ الصُّلْحِ دَرَاهِمُ وَدَنَانِيرُ أَيْضًا جَازَ الصُّلْحُ كَيْفَمَا كَانَ صَرْفًا لِلْجِنْسِ إِلَىٰ خِلَافِ الجِنْسِ كَمَا فِي البَيْعِ لٰكِنْ يُشْتَرَطُ التَّقَابُضُ لِلصَّرْفِ.

قَالَ: (وَإِذَا كَانَ فِي التَّرِكَةِ دَيْنٌ عَلَىٰ النَّاسِ فَأَدْخَلُوهُ فِي الصُّلْحِ عَلَىٰ أَنْ يُخْرِجُوا المُصَالِحَ عَنْهُ وَيَكُونَ الدَّيْنُ لَهُ فَالصُّلْحُ بَاطِلٌ) لِأَنَّ فِيهِ تَمْلِيكَ الدَّيْنِ مِنْ غَيْرِ مَنْ عَلَيْهِ وَهُوَ حِصَّةُ المُصَالِحِ (وَإِنْ شَرَطُوا أَنْ يَبْرَأَ الغُرَمَاءُ مِنْهُ وَلَا يَرْجِعُ عَلَيْهِمْ بِنَصِيبِ المُصَالِحِ فَالصُّلْحُ

قوله: احْتِرَازًا عَنِ الرِّبَا، لأنه لا يتمكَّن تجويز الصُّلح بطريق الإبراء لأنَّ الإبراء عن الأعيان باطلٌ، لأنَّ الإسقاط إنَّما يستعمل في الديون لا في الأعيان، وههنا عينٌ فتعيَّن تجويزه بطريق المعاوضة، ولا يمكن ههنا لأنه يبقىٰ شيءٌ من التَّركة بلا ثمنٍ في ضمن المعاوضة فيكون ربًا فلا بُدَّ من أن يزيد علىٰ نصيبه حتى ينتفي الربا.

قوله: وَيَكُونَ الدَّيْنُ لَهُ فَالصُّلْحُ بَاطِلٌ، أي في الكلِّ في الدَّين والعين جميعًا، أمَّا في حصة الدَّين فلكونه تمليك الدين من غير من عليه الدَّين، وأمَّا في حصَّة العين فلأنَّ الصلح لمَّا فسد في حصة الدَّين يفسد في حصة العين أيضًا لاتحاد الصفقة، وهذه المسئلة ترد نقضًا علىٰ أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالىٰ فيما إذا أسْلَم حنطة في شعير وزيت فإنَّهما قالا: يصحُّ في حصة الزيت ويفسد في حصة الشعير، وههنا أفْسَدا في الكلِّ، وقيل في الفرق لهما أنَّ بيع الدين باطلٌ لا فاسدٌ فصار كبيع الحرِّ والقنِّ، وقيل بطلان الصلح في العين قول أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، وعندهما يبقى العقد صحيحًا فيما وراء الدين.

جَائِزٌ) لِأَنَّهُ إِسْقَاطٌ وَهُوَ تَمْلِيكُ الدَّيْنِ مِمَّنْ عَلَيْهِ الدَّيْنُ وَهُوَ جَائِزٌ، وَهٰذِهِ حِيلَةُ الجَوَازِ، وَأُخْرَىٰ أَنْ يُعَجِّلُوا قَضَاءَ نَصِيبِهِ مُتبرِّعِينَ، وَفِي الوَجْهَيْنِ ضَرَرٌ بِبَقِيَّةِ الوَرَثَةِ. وَالْأَوْجُهُ أَنْ يُقْرِضُوا المُصَالِحَ مِقْدَارَ نَصِيبِهِ وَيُصَالِحُوا عَمَّا وَرَاءَ الدَّيْنِ. وَيُحِيلهُمْ عَلَى اسْتِيفَاءِ نَصِيبِهِ مِنَ الغُرَمَاءِ، وَلَوْ لَمْ يَكُنْ فِي التَّرِكَةِ دَيْنٌ وَأَعْيَانُهَا غَيْرُ مَعْلُومَةٍ وَالصُّلْحُ عَلَى المَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ، قِيلَ لَا يَجُوزُ لِاحْتِمَالِ الرِّبَا، وَقِيلَ يَجُوزُ لِأَنَّهُ شُبْهَةُ الشُّبْهَةِ، وَلَوْ كَانَتِ التَّرِكَةُ غَيْرَ المَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ لٰكِنَّهَا أَعْيَانٌ غَيْرُ مَعْلُومَةٍ قِيلَ لَا يَجُوزُ لِكَوْنِهِ بَيْعًا إِذِ المُصَالَحُ عَنْهُ عَيْنٌ

قوله: وَفِي الوَجْهَيْنِ ضَرَرٌ بِبَقِيَّةِ الوَرَثَةِ، لعدم رجوعهم على الغرماء.

قوله: وَيُحِيلهُمْ - أي المصالح بقية الورثة - عَلَى اسْتِيفَاءِ نَصِيبِهِ، أي نصيب المصالح من الدين.

قوله: قِيلَ لَا يَجُوزُ لِاحْتِمَالِ الرِّبَا، وهو قول الإمام ظهير الدين المرغيناني رحمه الله تعالىٰ فقال: لا يجوز الصلح على المكيل والموزون لِمَا كان فيه من احتمال الربا بأن كان في التَّركة مكيلٌ أو موزونٌ، ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح أو أقلّ، وَقِيلَ يَجُوزُ، وهو قول الفقيه أبي جعفر رحمه الله تعالىٰ فقال: يجوز هذا الصلح لأنه يحتملُ أن لا يكون في التَّركة من جنس بدل الصلح، وإن كان فيحتملُ أن يكون نصيبه أقلَّ من بدل الصلح فكان القولُ بعدم الجواز مؤدِّيًا إلى اعتبار شبهة الشبهة وهيَ ساقطة الاعتبار، وفي فتاوىٰ قاض خان رحمه الله تعالىٰ: والصحيحُ ما قاله الفقيه أبو جعفر رحمه الله تعالىٰ، لأنَّ الثابت ههنا شبهةٌ وذلك لا يعتبر.

وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يَجُوزُ لِأَنَّهَا لَا تُفْضِي إِلَىٰ المُنَازَعَةِ لِقِيَامِ المُصَالَحِ عَنْهُ فِي يَدِ البَقِيَّةِ مِنَ الوَرَثَةِ، وَإِنْ كَانَ عَلَى المَيِّتِ دَيْنٌ مُسْتَغْرِقٌ لَا يَجُوزُ الصُّلْحُ وَلَا القِسْمَةُ لِأَنَّ التَّرِكَةَ لَمْ يَتَمَلَّكْهَا الوَارِثُ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُسْتَغْرِقًا لَا يَنْبَغِي أَنْ يُصَالِحُوا مَا لَمْ يَقْضُوا دَيْنَهُ فَتُقَدَّمُ حَاجَةُ المَيِّتِ، وَلَوْ فَعَلُوا قَالُوا يَجُوزُ. وَذَكَرَ الكَرْخِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ - فِي القِسْمَةِ أَنَّهَا لَا تَجُوزُ اسْتِحْسَانًا وَتَجُوزُ قِيَاسًا.

قوله: وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يَجُوزُ لِأَنَّهَا لَا تُفْضِي إِلَى المُنَازَعَةِ لِقِيَامِ المُصَالَحِ عَنْهُ فِي يَدِ البَقِيَّةِ مِنَ الوَرَثَةِ، ونفس الجهالة غير مانعةٌ لجواز البيع، بل الجهالة المفضية إلى المنازعة مانعةٌ، ألا ترىٰ أنه لو باع قفيزًا من صبرةٍ يجوز البيع مع الجهالة، وكذلك لو باع المغصوب منه المغصوب للغاصب والغاصب لا يعلم مقداره يجوز البيع، حتَّىٰ لو كان بعض التَّركة في يد المصالح ولا يعرفون ما مقداره لا يجوز، لأنه يحتاج إلى التسليم فيفضي إلى المنازعة.

قوله: وَذَكَرَ الكَرْخِيُّ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ فِي القِسْمَةِ أَنَّهَا لَا تَجُوزُ اسْتِحْسَانًا وَتَجُوزُ قِيَاسًا، قال شيخ الإسلام رحمه الله تعالىٰ في المبسوط: هذه المسئلة علىٰ وجهين: إمَّا أنَّ الدين مستغرقٌ أو غير مستغرقٌ، ففي الأول لا يقسم لأنه لا ملكَ لهم في التَّركة، لأنَّ الدين المستغرق يمنع وقوع الملك في التَّركة عندنا فلهذا لا يقسم، وفي الوجه الثاني القياس أن لا يقسم ولكن يوقف الكلّ، وفي الاستحسان يحبس قدر الدَّين للغرماء ويقسم الباقي فيما بينهم، بناءً علىٰ أنَّ الدين إذا لم يكن مستغرقًا هل يملك الوارث في التَّركة أم لا؟ فالقياس أن لا يملك الوارث شيئًا في التَّركة لأنه ما من جزء إلا وهو مشغولٌ بالدين، وفي الاستحسان: يملكُ التَّركة حتَّىٰ لو كان الموروثُ جاريةً حلَّ له

....

وطئها استحسانًا نفيًا للضرَّر عن الورثة، لأنَّ التَّركة لا تخلو عن قليل الدين، وإذا ملكوا جميع التَّركة استحسانًا كان يجب أن يقسم الكلَّ بينهم، إلَّا أنه لا يقسم قدر الدَّين حتى لا يحتاج إلىٰ نقض قضائه، والله تعالىٰ أعلم.

❊ ❊ ❊

كِتَابُ المُضَارَبَةِ

الْمُضَارَبَةُ مُشْتَقَّةٌ مِنَ الضَّرْبِ فِي الأَرْضِ؛ سُمِّيَ بِهَا لِأَنَّ المُضَارِبَ يَسْتَحِقُّ الرِّبْحَ بِسَعْيِهِ وَعَمَلِهِ، وَهِيَ مَشْرُوعَةٌ لِلْحَاجَةِ إِلَيْهَا، فَإِنَّ النَّاسَ بَيْنَ غَنِيٍّ بِالْمَالِ غَبِيٍّ عَنِ التَّصَرُّفِ فِيهِ، وَبَيْنَ مُهْتَدٍ فِي التَّصَرُّفِ صِفْرِ اليَدِ عَنْهُ، فَمَسَّتِ الحَاجَةُ إِلَىٰ شَرْعِ هٰذَا النَّوْعِ مِنَ التَّصَرُّفِ لِيَنْتَظِمَ مَصْلَحَةُ الغَبِيِّ وَالذَّكِيِّ وَالْفَقِيرِ وَالْغَنِيِّ. وَبُعِثَ النَّبِيُّ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - وَالنَّاسُ يُبَاشِرُونَهُ فَقَرَّرَهُمْ عَلَيْهِ وَتَعَامَلَتْ بِهِ الصَّحَابَةُ، ثُمَّ

كتاب المضاربة

هيَ مفاعلةٌ من ضَرَبَ في الأرض إذا سارَ فيها، ومنه قوله تعالىٰ: ﴿وَءَاخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي ٱلْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِن فَضْلِ ٱللَّهِ﴾ [المزمل: ٢٠] يعني بالضرب السفرَ للتجارة، وفي الشرع عبارةٌ عن عقد الشركة بمال من أحد الجانبين والعمل من الجانب الآخر، وركنها الإيجاب والقبول، كما إذا قال ربُّ المال: دفعتُ هذا المالَ إليك مضاربةً أو معاملةً بالنِّصف، ويقول المضارب: قبلتُ، أو ما يؤدِّي هذا المعنىٰ مثل أن يقول: خذ هذا المالَ واعمل به علىٰ أنَّ ما رَزَقَ الله تعالىٰ من شيءٍ فهو بيننا نصفان، أو: علىٰ أنَّ لك رُبعه أو خُمسه أو عُشره، وشرطها أن يكون رأس المال من الأثمان، فلا يصحُّ إلَّا بالمال الذي تصحُّ به الشركة كما مرَّ ثمَّة، وحكمها حكم أنواع إيداعٍ ووكالةٍ وشركةٍ وإجارةٍ وغصبٍ.

قوله: وَتَعَامَلَتْ بِهِ الصَّحَابَةُ رِضْوَانُ اللهُ عَلَيْهِمْ أَجْمَعِيْنَ، رُوِيَ أَنَّ العباسَ رضيَ

المَدْفُوعُ إِلَى المُضَارِبِ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ لِأَنَّهُ قَبَضَهُ بِأَمْرِ مَالِكِهِ لَا عَلَىٰ وَجْهِ البَدَلِ وَالْوَثِيقَةِ، وَهُوَ وَكِيلٌ فِيهِ لِأَنَّهُ يَتَصَرَّفُ فِيهِ بِأَمْرِ مَالِكِهِ، وَإِذَا رَبِحَ فَهُوَ شَرِيكٌ فِيهِ لِتَمَلُّكِهِ جُزْءًا مِنَ المَالِ بِعَمَلِهِ، فَإِذَا فَسَدَتْ ظَهَرَتِ الإِجَارَةُ حَتَّىٰ اسْتَوْجَبَ العَامِلُ أَجْرَ مِثْلِهِ، وَإِذَا خَالَفَ كَانَ غَاصِبًا لِوُجُودِ التَّعَدِّي مِنْهُ عَلَىٰ مَالِ غَيْرِهِ.

قَالَ: (الْمُضَارَبَةُ عَقْدٌ عَلَى الشَّرِكَةِ بِمَالٍ مِنْ أَحَدِ الجَانِبَيْنِ) وَمُرَادُهُ الشَّرِكَةُ فِي الرِّبْحِ وَهُوَ يُسْتَحَقُّ بِالْمَالِ مِنْ أَحَدِ الجَانِبَيْنِ (وَالْعَمَلِ مِنَ

الله تعالىٰ عنه دَفَع المال مضاربةً وشرط على المضارب أن لا يسلكَ به بحرًا، وأن لا ينزل واديًا، ولا يشتري به ذات كبد رطبٍ، فإن فعل ذلك ضمنَ، فبلغ ذلك رسول الله عليه الصلاة والسلام فاستحسنه، وكان حكيم بن حزام هكذا كان يشترط عند دفع المال مضاربةً، ورُوِيَ عن عبيد الله وعبد الله ابني عُمر رضي الله تعالىٰ عنهم قدما العراق ونزلا علىٰ أبي موسى الأشعريِّ فقال: لو كان عندي فضل مالٍ لأكرمتكما، ولكن مالٌ من بيت المال فابتاعا به، وإذا قدمتما المدينة فادفعاه إلىٰ أمير المؤمنين ولكما ربحه، فلمَّا قدما علىٰ عُمَر رضي الله تعالىٰ عنه فقال: هذا مالُ المسلمين فربحه لهم، فسكتَ عبد الله وتكلَّم فيه عبيد الله حتى قال بعض الصحابة: اجعلهما بمنزلة المضاربين، لهما نصف الربح وللمسلمين نصفه، فاستصوبه عُمر رضي الله تعالىٰ عنه، وعن القاسم بن محمد رحمه الله تعالىٰ قال: كان لنا مالٌ عند عائشةَ رضي الله تعالىٰ عنها، وكانت تدفعه مضاربةً فباركَ الله لنا فيه لسعيها، وكان عُمر رضي الله تعالىٰ عنه يدفعُ مال اليتيم مضاربةً.

قوله: لَا عَلَىٰ وَجْهِ البَدَلِ، احتِرازٌ عن المقبوض علىٰ سوم الشراء.

قوله: وَالْوَثِيقَةِ، احتِرازٌ عن الرهن.

الجَانِبِ الآخَرِ) وَلَا مُضَارَبَةَ بِدُونِهَا؛ أَلَا تَرَىٰ أَنَّ الرِّبْحَ لَوْ شُرِطَ كُلُّهُ لِرَبِّ المَالِ كَانَ بِضَاعَةً، وَلَوْ شُرِطَ جَمِيعُهُ لِلْمُضَارِبِ كَانَ قَرْضًا.

قَالَ: (وَلَا تَصِحُّ إِلَّا بِالْمَالِ الَّذِي تَصِحُّ بِهِ الشَّرِكَةُ) وَقَدْ تَقَدَّمَ بَيَانُهُ مِنْ قَبْلُ، وَلَوْ دَفَعَ إِلَيْهِ عَرْضًا وَقَالَ بِعْهُ وَاعْمَلْ مُضَارَبَةً فِي ثَمَنِهِ جَازَ لَهُ لِأَنَّهُ يَقْبَلُ

قوله: وَلَا مُضَارَبَةَ بِدُونِهَا، أي بدون الشركة في الربح.

قوله: وَلَا تَصِحُّ إِلَّا بِالْمَالِ الَّذِي تَصِحُّ بِهِ الشَّرِكَةُ، وهو أن يكون رأس المال دراهم أو دنانير عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالىٰ، أو فلوسًا رائجةً عند محمد رحمه الله تعالىٰ، حتى أنَّ المضاربة بما سوىٰ هذه الأشياء لا تجوز إجماعًا، وحاصله أنَّ العروضَ لا تصلح لرأس المال في المضاربة عندنا، خلافًا لمالكٍ رحمه الله تعالىٰ، وكذلك الكيليُّ والوزنيُّ خلافًا لابن أبي ليلىٰ، وقال مالكٌ رحمه الله تعالىٰ: المضاربةُ بالعروض تصحُّ لأنَّ العرضَ مالٌ متقوَّمٌ يتربَّح عليه بالتجارة عادةً فيكون كالنقد فيما هو المقصود بالمضاربة، وكما يجوز بقاء المضاربة على العروض يجوز ابتداءها بالعروض، لكنَّا نستدلُّ بنهي النبي عليه الصلاة والسلام عن ربح ما لم يضمن، والمضاربةُ بالعروض تؤدِّي إلىٰ ذلك لأنَّها أمانةٌ في يد المضارب ورُبَّما ترتفع قيمتها بعد العقد، فإذا باعها حصل الرِّبح ويستحقُّ المضارب نصيبه من غير أن يدخل شيءٌ في ضمانه، بخلاف النقد فإنه يشترىٰ به، وإنَّما يقع الشراء بثمنٍ مضمونٍ في ذمته، فما يحصل يكون ربح ما قد ضمن، وقال ابن أبي ليلىٰ: هيَ جائزةٌ فيما إذا كان رأس المال مكيلاً أو موزونًا أيضًا كما في النقود، لأنَّها من ذوات الأمْثَال فيمكن تحصيل رأس المال بمثل المقبوض ثمَّ قسمة الربح بينهما، وحجتنا ما ذكرنا أنه يؤدي إلىٰ ربح ما لم يضمن وأنه منهي.

قوله: لِأَنَّهُ يَقْبَلُ الإِضَافَةَ، لأنَّا إن اعتبرنا الوكالة، أو الوديعة، أو الإجارة فليسَ في شيءٍ من ذلك ما يمنع صحة الإضافة إلىٰ وقتٍ في المستقبل، فتكون المضاربة مضافةً إلى

الْإِضَافَةَ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ تَوْكِيلٌ وَإِجَارَةٌ فَلَا مَانِعَ مِنْ الصِّحَّةِ، وَكَذَا إِذَا قَالَ لَهُ اقْبِضْ مَا لِي عَلَىٰ فُلَانٍ وَاعْمَلْ بِهِ مُضَارَبَةً جَازَ لِمَا قُلْنَا، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ لَهُ اعْمَلْ بِالدَّيْنِ الَّذِي فِي ذِمَّتِكَ حَيْثُ لَا تَصِحُّ الْمُضَارَبَةُ، لِأَنَّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - لَا يَصِحُّ هٰذَا التَّوْكِيلُ عَلَىٰ مَا مَرَّ فِي الْبُيُوعِ. وَعِنْدَهُمَا يَصِحُّ لٰكِنْ يَقَعُ المِلْكُ فِي الْمُشْتَرَىٰ لِلْآمِرِ فَيَصِيرُ مُضَارَبَةً بِالْعَرَضِ.

قَالَ: (وَمِنْ شَرْطِهَا أَنْ يَكُونَ الرِّبْحُ بَيْنَهُمَا مُشَاعًا لَا يَسْتَحِقُّ أَحَدُهُمَا

ثمن العروض والثمن يصحُّ به المضاربة، وكذا قوله: اقْبِضْ مَا لِي عَلَىٰ فُلَانٍ، لأنه أضاف المضاربة إلىٰ حالة القبض، وفي تلك الحالة يصير الدين عينًا، وإنَّما شرط كون رأس المال عينًا لأنَّ المضاربة لاستعمال المال وإنَّما يتصوَّرُ ذلك في العين، ولأنَّ المضارب أمينٌ ابتداءً ولا يتصوَّر أن يكون أمينًا فيما عليه من الدَّين مضمون على المديون.

قوله: عَلَىٰ مَا مَرَّ فِي الْبُيُوعِ، أي بيوع الوكالة، وهي باب الوكالة بالبيع والشراء من كتاب الوكالة وهو قوله: ومن له علىٰ آخر ألف فأمره أن يشتري بِها هذا العبد، إلىٰ آخره، فعلىٰ هذا معنىٰ قوله: اعْمَلْ بِالدَّيْنِ الَّذِي فِي ذِمَّتِكَ، أي اشتر بالدَّين عليكَ ما بدا لك من المتاع ثمَّ بعه بالنصف، فهذا فاسدٌ لأنَّ صحة المضاربة أن يكون رأس المال عينًا ولم يوجد ذلك عند العقد ولا بعده، فالمديون لا يكون قابضًا للدَّين من نصفه لصاحبه وصاحب الدَّين لا يملك أن يبرئه عن الضمان مع بقائه بدون القبض، وإذا لم تصحَّ المضاربة فما اشتراه المديون فهو له ولا شيءَ لربِّ المال منه عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، فدينه عليه بحاله، وفي قولهما ما اشترىٰ فهو لربِّ المال والمضاربُ بريءٌ من دينه وله علىٰ ربِّ المال أجرٌ مثله فيما عمل، وهو بناءٌ علىٰ مسئلة كتاب البيوع.

دَرَاهِمَ مُسَمَّاةً) مِنَ الرِّبْحِ لِأَنَّ شَرْطَ ذٰلِكَ يَقْطَعُ الشَّرِكَةَ بَيْنَهُمَا وَلَا بُدَّ مِنْهَا كَمَا فِي عَقْدِ الشَّرِكَةِ.

قَالَ: (فَإِنْ شَرَطَ زِيَادَةَ عَشَرَةٍ فَلَهُ أَجْرُ مِثْلِهِ) لِفَسَادِهِ فَلَعَلَّهُ لَا يَرْبَحُ إِلَّا هٰذَا الْقَدْرَ فَتَنْقَطِعُ الشَّرِكَةُ فِي الرِّبْحِ، وَهٰذَا لِأَنَّهُ ابْتَغَىٰ عَنْ مَنَافِعِهِ عِوَضًا وَلَمْ يَنَلْ لِفَسَادِهِ، وَالرِّبْحُ لِرَبِّ الْمَالِ لِأَنَّهُ نَمَاءُ مِلْكِهِ، وَهٰذَا هُوَ الْحُكْمُ فِي كُلِّ مَوْضِعٍ لَمْ تَصِحَّ الْمُضَارَبَةُ وَلَا تُجَاوِزُ بِالْأَجْرِ الْقَدْرَ الْمَشْرُوطَ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ خِلَافًا لِمُحَمَّدٍ كَمَا بَيَّنَّا فِي الشَّرِكَةِ، وَيَجِبُ الْأَجْرُ وَإِنْ لَمْ يَرْبَحْ فِي رِوَايَةِ الْأَصْلِ لِأَنَّ أَجْرَ الْأَجِيرِ يَجِبُ بِتَسْلِيمِ الْمَنَافِعِ أَوْ الْعَمَلِ وَقَدْ وُجِدَ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لَا يَجِبُ اعْتِبَارًا بِالْمُضَارَبَةِ الصَّحِيحَةِ

قوله: فَإِنْ شَرَطَ زِيَادَةَ عَشَرَةٍ، هذا تفسيرٌ للمسئلة المتقدِّمة، يعني إذا قال: علىٰ أن ما رزق الله في ذلك من شيء فللمضارب منه عشرة والباقي من الربح بيننا نصفان، فهذه مضاربةٌ فاسدةٌ لأنَّ هذا الشرط يوجبُ قطع الشركة بينهما في الربح مع حصوله، ورُبَّما لا يربح إلَّا مقدار العشرة.

قوله: وَلَا تُجَاوِزُ بِالْأَجْرِ الْقَدْرَ الْمَشْرُوطَ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ، يعني بالقدر المشروط ما وراء العشرة المشروطة، لأنَّ ذلك يغيِّر المشروع فجرىٰ وجوده مجرى عدمه.

قوله: كَمَا بَيَّنَّا فِي – كتاب – الشَّرِكَةِ، أي في شركة الاحتطاب والاحتشاش.

قوله: اعْتِبَارًا بِالْمُضَارَبَةِ الصَّحِيحَةِ، لأنَّ العقد الفاسد يُؤخذ حكمه أبدًا من العقد الصحيح من جنسه كما في البيع الفاسد، وجه ظاهر الرواية أنَّ الفاسد إنَّما يعتبر بالجائز

مَعَ أَنَّـهَا فَوْقَهَا، وَالْمَالُ فِي الْمُضَارَبَةِ الفَاسِدَةِ غَيْرُ مَضْمُونٍ بِالْهَلَاكِ اعْتِبَارًا بِالصَّحِيحَةِ، وَلِأَنَّهُ عَيْنٌ مُسْتَأْجَرَةٌ فِي يَدِهِ، وَكُلُّ شَرْطٍ يُوجِبُ جَهَالَةً فِي الرِّبْحِ يُفْسِدُهُ لِاخْتِلَالِ مَقْصُودِهِ، وَغَيْرُ ذٰلِكَ مِنَ الشُّرُوطِ الفَاسِدَةِ

إذا كان انعقاد الفاسد مثل انعقاد الجائز كالبيع، وهنا المضاربة الصحيحة تنعقد شركةً لا إجارةً، والفاسدة تنعقد إجارةً لا شركةً، وإنَّما اعتبر الفاسد بالصحيح في حكم عدم الضمان لأنَّ الإجارة توافق الشركة في حكم عدم الضمان.

قوله: مَعَ أَنَّـهَا فَوْقَهَا، أي في إمضاء حكمها وفي استحقاق الربح.

قوله: وَلِأَنَّهُ عَيْنٌ مُسْتَأْجَرَةٌ فِي يَدِهِ، أي ولأنه عين استأجر المضاربَ ليعمل به فلا يكون مضمونًا عليه كأجير الوحد، وكمن استأجر رجلاً ليعمل المستأجر فإنَّ ما في يد الأجير كأنه عينٌ مستأجرٌ، حتَّىٰ إذا هلك لا ضمان عليه فكذلك ههنا، وذكر ابن سماعة عن محمد رحمهما الله تعالىٰ أنه ضامن للمال، وقيل المذكور في الكتاب قول أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، وهو بناءٌ على اختلافهم في الأجير المشترك إذا تلف المال في يده من غير صنعه، وعندهما هو ضامنٌ إذا هلك في يده بما يمكن التحرُّز عنه فكذلك الحكم في كلِّ مضاربةٍ فاسدةٍ، وهذا قول الطحاوي رحمه الله، وما ذكر في الكتاب بأنَّ المال في المضاربة غير مضمونٍ بالهلاك قولُ الفقيه أبي جعفر الهندوانِي، والفرقُ لهما بين الأجير المشترك وبين المضارب في المضاربة الفاسدة علىٰ قول الفقيه أبي جعفر أنَّ مال المضاربة الفاسدة غير مضمونٍ بالاتفاق، والذي عند الأجير المشترك مضمونٌ عندهما هو أنَّ المضاربة متىٰ فسدت فهيَ إجارةٌ معنًى من حيث إنَّ المضارب يبتغي بعمله عوضًا.

قوله: وَكُلُّ شَرْطٍ يُوجِبُ جَهَالَةً فِي الرِّبْحِ يُفْسِدُهُ، لأنَّ الربح هو المعقود عليه وجهالةُ المعقود عليه توجبُ فساد العقد، نحو أن يعقد عقد المضاربة بشرط أن يدفع المضارب أرضه سنةً إلىٰ ربِّ المال ليزرعها ربُّ المال، أو يدفع داره إلىٰ ربِّ المال

لَا يُفْسِدُهَا، وَيَبْطُلُ الشَّرْطُ كَاشْتِرَاطِ الوَضِيعَةِ عَلَى المُضَارِبِ.

قَالَ: (وَلَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ المَالُ مُسَلَّمًا إِلَى المُضَارِبِ وَلَا يَدَ لِرَبِّ المَالِ فِيهِ) لِأَنَّ المَالَ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ فَلَا بُدَّ مِنَ التَّسْلِيمِ إِلَيْهِ، وَهٰذَا بِخِلَافِ الشَّرِكَةِ لِأَنَّ المَالَ فِي المُضَارَبَةِ مِنْ أَحَدِ الجَانِبَيْنِ وَالْعَمَلَ مِنَ الجَانِبِ الآخَرِ، فَلَا بُدَّ مِنْ أَنْ يَخْلُصَ المَالُ لِلْعَامِلِ لِيَتَمَكَّنَ مِنَ التَّصَرُّفِ فِيهِ. أَمَّا العَمَلُ فِي الشَّرِكَةِ مِنَ الجَانِبَيْنِ فَلَوْ شَرَطَ خُلُوصَ اليَدِ لِأَحَدِهِمَا لَمْ تَنْعَقِدِ الشَّرِكَةُ، وَشَرْطُ العَمَلِ عَلَىٰ رَبِّ المَالِ مُفْسِدٌ لِلْعَقْدِ لِأَنَّهُ يَمْنَعُ خُلُوصَ يَدِ المُضَارِبِ فَلَا يَتَمَكَّنُ مِنَ التَّصَرُّفِ فَلَا يَتَحَقَّقُ المَقْصُودُ

ليسكنها سنةً، فسدت المضاربة لأنه جعل نصف الربح عوضًا عن عمله وأجرة الدار، فصار حصَّة العمل مجهولةً فلم يصحَّ، بخلاف ما إذا عقد عقد المضاربة بشرط أن يدفع ربُّ المال أرضه إلى المضارب يزرعها سنةً، أو علىٰ أن يسكن داره سنةً فالشرطُ باطلٌ والمضاربة جائزةٌ، لأنه ألحق بها شرطًا فاسدًا فبطلَ الشرط، كذا في الإيضاح، وكذلك لو ردَّد في الربح أيضًا تفسدُ المضاربة، نحو أن يقول: بشرط أن يكون لكَ ثُلث الربح أو نصفه لجهالةٍ في الربح.

قوله: كَاشْتِرَاطِ الوَضِيعَةِ عَلَى المُضَارِبِ، الوضيعةُ اسم لجزءٍ هالكٍ من المال، وكذلك اشتراط الوضيعة عليهما يفسدُ أيضًا.

قوله: وَشَرْطُ العَمَلِ عَلَى رَبِّ المَالِ مُفْسِدٌ، حكى القاضي الإمام عاصم العامري عن الفقيه محمد بن ابراهيم الضرير رحمه الله تعالىٰ: إذا شرطَ ربُّ المال لنفسه أن يتصرَّف في المال بانفراده متىٰ بدا له وأن يتصرف المضارب في جميع المال بانفراده متىٰ

سَوَاءٌ كَانَ المَالِكُ عَاقِدًا أَوْ غَيْرَ عَاقِدٍ كَالصَّغِيرِ لِأَنَّ يَدَ المَالِكِ ثَابِتَةٌ لَهُ، وَبَقَاءُ يَدِهِ يَمْنَعُ التَّسْلِيمَ إِلَىٰ المُضَارِبِ، وَكَذَا أَحَدُ المُتَفَاوِضَيْنِ وَأَحَدُ شَرِيكَي العِنَانِ إِذَا دَفَعَ المَالَ مُضَارَبَةً وَشَرَطَ عَمَلَ صَاحِبِهِ لِقِيَامِ المِلْكِ لَهُ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ عَاقِدًا، وَاشْتِرَاطُ العَمَلِ عَلَى العَاقِدِ مَعَ المُضَارِبِ وَهُوَ غَيْرُ مَالِكٍ يُفْسِدُهُ إِنْ لَمْ يَكُنْ مِنْ أَهْلِ المُضَارَبَةِ فِيهِ كَالْمَأْذُونِ، بِخِلَافِ الأَبِ وَالْوَصِيِّ لِأَنَّهُمَا مِنْ أَهْلِ أَنْ يَأْخُذَا مَالَ الصَّغِيرِ مُضَارَبَةً بِأَنْفُسِهِمَا فَكَذَا اشْتِرَاطُهُ عَلَيْهِمَا بِجُزْءٍ مِنَ المَالِ.

بدا له جازت المضاربة، وإنَّما لا يجوز شرط عمل رب المال مع المضاربة إذا شرطَ العمل جملةً، لأنه حينئذٍ لا يصير المال مسلمًا إلى المضارب، كذا في الذخيرة.

قوله: أَوْ غَيْرَ عَاقِدٍ كَالصَّغِيرِ، كالأب والوصيّ إذا دفعا مال الصغير مضاربةً وشرطا عمل الصغير، لأنَّ الصغير إذا كان مالكًا كانت يده على المال بجهة الملك كالكبير، فبقاء يده يمنع كونه مسلمًا إلى المضارب.

قوله: كَالْمَأْذُونِ، إذا دفع المأذون ماله مضاربةً وشرط عمله مع المضارب لم يجز، لأنَّ يد التصرف ثابتةٌ له في هذا المال ويده يدُ نفسه فينزل منزلة المالك فيما يرجع إلى التصرُّف فكان قيام يده مانعًا لصحَّة المضاربة، بِخِلَافِ الأَبِ وَالْوَصِيِّ لِأَنَّهُمَا مِنْ أَهْلِ أَنْ يَأْخُذَا مَالَ الصَّغِيرِ مُضَارَبَةً بِأَنْفُسِهِمَا فَكَذَا اشْتِرَاطُهُ عَلَيْهِمَا - أي اشتراط العمل عليهما - بِجُزْءٍ مِنَ المَالِ، أي بجزء من الربح، لأنَّ كلَّ مالٍ يجوز أن يكون المرءُ فيه مضاربًا وحده جاز أن يكون فيه مضارباً مع غيره، وهذا لأنَّ تصرُّف الأب أو الوصيِّ واقعٌ للصغير حكمًا بطريق النيابة، فصار دفعه كدفع الصغير وشرطه كشرطه، فتشترط التخلية من قبل الصغير لأنه ربُّ المال وقد تحقَّقت.

قَالَ: (وَإِذَا صَحَّتِ المُضَارَبَةُ مُطْلَقَةً جَازَ لِلْمُضَارِبِ أَنْ يَبِيعَ وَيَشْتَرِيَ وَيُوَكِّلَ وَيُسَافِرَ وَيُبْضِعَ وَيُودِعَ) لِإِطْلَاقِ العَقْدِ وَالْمَقْصُودُ مِنْهُ الِاسْتِرْبَاحُ وَلَا يَتَحَصَّلُ إِلَّا بِالتِّجَارَةِ، فَيَنْتَظِمُ العَقْدُ صُنُوفَ التِّجَارَةِ وَمَا هُوَ مِنْ صَنِيعِ التُّجَّارِ، وَالتَّوْكِيلُ مِنْ صَنِيعِهِمْ، وَكَذَا الإِبْضَاعُ وَالْإِيدَاعُ وَالْمُسَافَرَةُ؛ أَلَا تَرَىٰ أَنَّ المُودِعَ لَهُ أَنْ يُسَافِرَ فَالْمُضَارِبُ أَوْلَىٰ، كَيْفَ وَأَنَّ اللَّفْظَ دَلِيلٌ عَلَيْهِ لِأَنَّهَا مُشْتَقَّةٌ مِنَ الضَّرْبِ فِي الأَرْضِ وَهُوَ السَّيْرُ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يُسَافِرَ. وَعَنْهُ وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُمَا اللهُ أَنَّهُ إِنْ دَفَعَ فِي بَلَدِهِ لَيْسَ لَهُ أَنْ يُسَافِرَ لِأَنَّهُ تَعْرِيضٌ عَلَى الهَلَاكِ مِنْ غَيْرِ ضَرُورَةٍ وَإِنْ دَفَعَ فِي غَيْرِ بَلَدِهِ لَهُ أَنْ يُسَافِرَ إِلَىٰ بَلَدِهِ لِأَنَّهُ هُوَ المُرَادُ فِي الغَالِبِ، وَالظَّاهِرُ مَا ذُكِرَ فِي الكِتَابِ.

قَالَ: (وَلَا يُضَارِبُ إِلَّا أَنْ يَأْذَنَ لَهُ رَبُّ المَالِ أَوْ يَقُولَ لَهُ اعْمَلْ بِرَأْيِكَ)

قوله: مُطْلَقَةً، أي غير مقيَّدة بالمكان والزمان والسلعة.

قوله: وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يُسَافِرَ، هذا فيما له حملٌ ومؤنةٌ بناءً علىٰ قوله في الوديعة، كذا في المبسوط.

قوله: إِنْ دَفَعَ فِي بَلَدِهِ، أي في بلد المضارب.

قوله: لِأَنَّهُ هُوَ المُرَادُ فِي الغَالِبِ، لأنَّ الظاهر والغالب أنَّ الإنسان يرجعُ إلىٰ وطنه ولا يستديم الغربة مع إمكان الرجوع، فلمَّا أعطاه مع علمه أنه غريبٌ في هذا الموضع كان ذلك منه الدليل على الرضاء بالمسافرة بالمال عند رجوعه إلىٰ وطنه.

لِأَنَّ الشَّيْءَ لَا يَتَضَمَّنُ مِثْلَهُ لِتَسَاوِيهِمَا فِي القُوَّةِ فَلَا بُدَّ مِنَ التَّنْصِيصِ عَلَيْهِ أَوِ التَّفْوِيضِ المُطْلَقِ إِلَيْهِ وَكَانَ كَالتَّوْكِيلِ، فَإِنَّ الوَكِيلَ لَا يَمْلِكُ أَنْ يُوَكِّلَ غَيْرَهُ إِلَّا إِذَا قِيلَ لَهُ اعْمَلْ بِرَأْيِك، بِخِلَافِ الإِيدَاعِ وَالْإِبْضَاعِ لِأَنَّهُ دُونَهُ فَيَتَضَمَّنُهُ، وَبِخِلَافِ الإِقْرَاضِ حَيْثُ لَا يَمْلِكُهُ. وَإِنْ قِيلَ لَهُ اعْمَلْ بِرَأْيِك لِأَنَّ المُرَادَ مِنْهُ التَّعْمِيمُ فِيمَا هُوَ مِنْ صَنِيعِ التُّجَّارِ وَلَيْسَ الإِقْرَارُ مِنْهُ وَهُوَ تَبَرُّعٌ كَالْهِبَةِ وَالصَّدَقَةِ فَلَا يَحْصُلُ بِهِ الغَرَضُ وَهُوَ الرِّبْحُ لِأَنَّهُ لَا تَجُوزُ الزِّيَادَةُ عَلَيْهِ، أَمَّا الدَّفْعُ مُضَارَبَةً فَمِنْ صَنِيعِهِمْ، وَكَذَا الشَّرِكَةُ وَالْخَلْطُ بِمَالِ نَفْسِهِ فَيَدْخُلُ تَحْتَ هٰذَا القَوْلِ.

قَالَ: (وَإِنْ خَصَّ لَهُ رَبُّ المَالِ التَّصَرُّفَ فِي بَلَدٍ بِعَيْنِهِ أَوْ فِي سِلْعَةٍ

قوله: لِأَنَّ الشَّيْءَ لَا يَتَضَمَّنُ مِثْلَهُ، هذا بخلاف المستعير والمكاتب فإنَّهما يملكان الإعارةَ والكتابةَ، لأنَّ الكلامَ في التصرُّف نيابةٌ وهما يتصرُّفان لحكم المالكية لا لحكم النيابة، إذ المستعير ملك المنفعة والمكاتب صار حرًّا يدًا والمضارب يعملُ بطريق النيابة فلا بدَّ من التنصيص عليه أو التفويض المطلق إليه.

قوله: فَلَا يَحْصُلُ بِهِ الغَرَضُ وَهُوَ الرِّبْحُ، أي بالقرض لأنَّ المقبوض بحكم القرض مضمونٌ بمثله لا يتصوَّر فيه زيادةً بشرطٍ أو غيره، وهذا بخلاف الإيداع فإنَّ المضارب يملكه وإن لم يحصل به الربح لأنَّ في الإيداع حفظُ المال وهو من صنيع التجار.

قوله: فَيَدْخُلُ تَحْتَ هٰذَا القَوْلِ، أي تحت قوله: اعمل برأيكَ.

قوله: وَإِنْ خَصَّ لَهُ رَبُّ المَالِ التَّصَرُّفَ فِي بَلَدٍ بِعَيْنِهِ، هذا احترازٌ عن سوقٍ بعينها فإنَّ ذلك غير مفيدٍ، حتَّىٰ جاز له أن يتجاوز التي عيَّنها إلَّا إذا صرَّح بالتخصيص بطريق

بِعَيْنِهَا لَمْ يَجُزْ لَهُ أَنْ يَتَجَاوَزَهَا) لِأَنَّهُ تَوْكِيلٌ. وَفِي التَّخْصِيصِ فَائِدَةٌ فَيَتَخَصَّصُ، وَكَذَا لَيْسَ لَهُ أَنْ يَدْفَعَهُ بِضَاعَةً إِلَىٰ مَنْ يُخْرِجُهَا مِنْ تِلْكَ البَلْدَةِ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ الإِخْرَاجَ بِنَفْسِهِ فَلَا يَمْلِكُ تَفْوِيضَهُ إِلَىٰ غَيْرِهِ.

قَالَ: (فَإِنْ خَرَجَ إِلَىٰ غَيْرِ ذٰلِكَ البَلَدِ فَاشْتَرَىٰ ضَمِنَ) وَكَانَ ذٰلِكَ لَهُ، وَلَهُ رِبْحُهُ لِأَنَّهُ تَصَرَّفَ بِغَيْرِ أَمْرِهِ وَإِنْ لَمْ يَشْتَرِ حَتَّىٰ رَدَّهُ إِلَى الكُوفَةِ وَهِيَ الَّتِي عَيَّنَهَا بَرِئَ مِنَ الضَّمَانِ كَالْمُودَعِ إِذَا خَالَفَ فِي الوَدِيعَةِ ثُمَّ تَرَكَ وَرَجَعَ المَالُ مُضَارَبَةً عَلَىٰ حَالِهِ لِبَقَائِهِ فِي يَدِهِ بِالْعَقْدِ السَّابِقِ، وَكَذَا إِذَا رَدَّ بَعْضَهُ وَاشْتَرَىٰ بِبَعْضِهِ فِي المِصْرِ كَانَ المَرْدُودُ وَالْمُشْتَرَىٰ فِي المِصْرِ عَلَى المُضَارَبَةِ لِمَا قُلْنَا، ثُمَّ شَرَطَ الشِّرَاءَ بِهَا هَاهُنَا وَهُوَ رِوَايَةُ الجَامِعِ الصَّغِيرِ، وَفِي كِتَابِ المُضَارَبَةِ ضَمِنَهُ بِنَفْسِ الإِخْرَاجِ. وَالصَّحِيحُ أَنَّ بِالشِّرَاءِ يَتَقَرَّرُ الضَّمَانُ لِزَوَالِ احْتِمَالِ الرَّدِّ إِلَىٰ المِصْرِ الَّذِي عَيَّنَهُ، أَمَّا الضَّمَانُ فَوُجُوبُهُ بِنَفْسِ الإِخْرَاجِ، وَإِنَّمَا شَرَطَ الشِّرَاءَ

النهي فقال: لا تعملْ في غير هذه السوق فيتخصَّص.

قوله: وَفِي التَّخْصِيصِ فَائِدَةٌ، وهيَ صيانة ماله عن خطر الطريق، وصيانة ماله عن خيانة المضارب، حيثُ أمكنه المنع عنها، واختلاف الأسعار باختلاف البلدان، والمضاربُ ما دامَ في المصر لا يستحقُّ النفقةَ في مال المضاربة.

قوله: وَاشْتَرَىٰ بِبَعْضِهِ، أي وقد كان اشترىٰ ببعضه في المصر الذي عيَّنه.

قوله: لِمَا قُلْنَا، إشارةٌ إلىٰ قوله: لِبَقَائِهِ فِي يَدِهِ بِالْعَقْدِ السَّابِقِ.

لِلتَّقَرُّرِ لَا لِأَصْلِ الوُجُوبِ، وَهٰذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ عَلَىٰ أَنْ يَشْتَرِيَ فِي سُوقِ الكُوفَةِ حَيْثُ لَا يَصِحُّ التَّقْيِيدُ لِأَنَّ المِصْرَ مَعَ تَبَايُنِ أَطْرَافِهِ كَبُقْعَةٍ وَاحِدَةٍ فَلَا يُفِيدُ التَّقْيِيدُ، إِلَّا إِذَا صَرَّحَ بِالنَّهْيِ بِأَنْ قَالَ اعْمَلْ فِي السُّوقِ وَلَا تَعْمَلْ فِي غَيْرِ السُّوقِ لِأَنَّهُ صَرَّحَ بِالْحَجْرِ وَالْوِلَايَةُ إِلَيْهِ وَمَعْنَىٰ التَّخْصِيصِ أَنْ يَقُولَ لَهُ عَلَىٰ أَنْ تَعْمَلَ كَذَا أَوْ فِي مَكَانِ كَذَا، وَكَذَا إِذَا قَالَ خُذْ هٰذَا المَالَ تَعْمَلُ بِهِ فِي الكُوفَةِ لِأَنَّهُ تَفْسِيرٌ لَهُ، أَوْ قَالَ

قوله: إِلَّا إِذَا صَرَّحَ بِالنَّهْيِ، لأنَّ الدلالة لا تعارضُ الصريح، وهذا كوضع المائدة بين قومٍ يكون إذنًا بالتناول، أمَّا إذا صرَّح بالنهي لا يباحُ التناول.

قوله: وَمَعْنَى التَّخْصِيصِ أَنْ يَقُولَ، ما يفيده التخصيص من الألفاظ الستة: دفعتُ إليك المال مضاربةً علىٰ أن تعمل به بالكوفة، أو تعمل به بالكوفة، بالجزم، أو تعملُ بالرفع، أو فاعمل به بالكوفة، أو قال: دفعتُ إليك مضاربةً بالنصف بالكوفة، وما لا يفيد لفظان: دفعتُ إليك مضاربةً بالنصف واعمل بالكوفة، أو قال: اعمل بالكوفة، فالضابطة أنَّ ربُّ المال متىٰ ذكر عقيب المضاربة ما لا يمكن التلفظ به ابتداءً ويمكن جعله مبنيًّا علىٰ ما قبله يجعل مبنيًّا عليه كما في الألفاظ الستَّة، وإن استقامَ الابتداء به لا يبني علىٰ ما قبله ويجعل مبتدأً كما في اللفظين الآخرين، وحينئذٍ يكون الزيادة مشورةً.

قوله: لِأَنَّهُ تَفْسِيرٌ لَهُ، الكلام المبهمُ يعقبه تفسيرٌ فالحكم لذلك التفسير، وقوله: فاعمل به، في معنى التفسير أيضًا، لأنَّ الفاء للوصل والتعقيب والذي يتَّصل بالكلام المبهم ويتعقبه تفسيرٌ، وكذلك لو قال: خذه بالنصف بالكوفة، لأنَّ الباء للإلصاق فيقتضي أن يكون موجب كلامه ملصقًا بالكوفة وموجب كلامه العمل بالمال، وإنَّما يتحقَّقُ إلصاقه بالكوفة إذا عمل بِها دون غيرها، أمَّا إذا قال: خذه مضاربةً بالنصف واعمل به في الكوفة

فَاعْمَلْ بِهِ فِي الكُوفَةِ لِأَنَّ الفَاءَ لِلْوَصْلِ أَوْ قَالَ خُذْهُ بِالنِّصْفِ بِالْكُوفَةِ لِأَنَّ البَاءَ لِلْإِلْصَاقِ، أَمَّا إِذَا قَالَ خُذْ هٰذَا المَالَ وَاعْمَلْ بِهِ بِالْكُوفَةِ فَلَهُ أَنْ يَعْمَلَ فِيهَا وَفِي غَيْرِهَا لِأَنَّ الوَاوَ لِلْعَطْفِ فَيَصِيرُ بِمَنْزِلَةِ المَشُورَةِ، وَلَوْ قَالَ عَلَىٰ أَنْ تَشْتَرِيَ مِنْ فُلَانٍ وَتَبِيعَ مِنْهُ صَحَّ التَّقْيِيدُ لِأَنَّهُ مُفِيدٌ لِزِيَادَةِ الثِّقَةِ بِهِ فِي المُعَامَلَةِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ عَلَىٰ أَنْ تَشْتَرِيَ بِهَا مِنْ أَهْلِ الكُوفَةِ، أَوْ دَفَعَ فِي الصَّرْفِ عَلَىٰ أَنْ يَشْتَرِيَ بِهِ مِنْ الصَّيَارِفَةِ وَيَبِيعَ مِنْهُمْ فَبَاعَ بِالْكُوفَةِ مِنْ غَيْرِ أَهْلِهَا أَوْ مِنْ غَيْرِ الصَّيَارِفَةِ جَازَ؛ لِأَنَّ فَائِدَةَ الأَوَّلِ التَّقْيِيدُ بِالْمَكَانِ، وَفَائِدَةَ الثَّانِي التَّقْيِيدُ بِالنَّوْعِ،

فله أن يعمل به حيث شاءَ، لأنَّ الواوَ للعطف والشيءُ لا يعطف علىٰ نفسه، وقد تكون للابتداء، وقوله: خذه مضاربةً بالنصف واعمل به، عطفٌ أو ابتداءٌ فيكون مشورةً لا شرطًا، فإن قيل: لِمَ لا يجعل قوله: واعمل به حالاً، كما في قوله: أدِّ إليَّ ألفًا وأنتَ حرٌّ؟ قلنا: قوله: واعمل به، لا يصلحُ للحال، بخلاف قوله: وأنت حرٌّ، لأنَّ العمل لا يكون وقت الأخذ وإنَّما يكون العمل بعد الأخذ، علىٰ أنَّا نقول: الواو تستعار للحال مجازًا فصار إليه للحاجة إلىٰ تصحيح الكلام، والكلامُ صحيحٌ هنا باعتبار الحقيقه فلا حاجةَ إلىٰ حملها على المجاز.

قوله: لِأَنَّ فَائِدَةَ الأَوَّلِ التَّقْيِيدُ بِالْمَكَانِ، لأنه لا فائدةَ في تقييده بأهل الكوفة، لأنَّ أهل الكوفة علىٰ آراءٍ مختلفةٍ وطبائع متفاوتةٍ كما كان عليه أهل سائر البلدان، وهم بجملتهم لا يتَّفقون في حسن المعاملة فلا يفيد التخصيص بِهم، وفي التخصيص بالمكان فائدة صيانة المال فيقيَّد به، وَفَائِدَةَ الثَّانِي التَّقْيِيدُ بِالنَّوْعِ، لأنه لمَّا لم يخصَّ المعاملة بشخصٍ بعينه بل خصَّ من يعامل ذلك النوع في معاملاته وهم الصيارفة علم بِهذا أنَّ مراده

وَهٰذَا هُوَ الْمُرَادُ عُرْفًا لَا فِيمَا وَرَاءَ ذٰلِكَ.

قَالَ: (وَكَذٰلِكَ إِنْ وَقَّتَ لِلْمُضَارَبَةِ وَقْتًا بِعَيْنِهِ يَبْطُلُ العَقْدُ بِمُضِيِّهِ) لِأَنَّهُ تَوْكِيلٌ فَيَتَوَقَّتُ بِمَا وَقَّتَهُ وَالتَّوْقِيتُ مُفِيدٌ وَأَنَّهُ تَقْيِيدٌ بِالزَّمَانِ فَصَارَ كَالتَّقْيِيدِ بِالنَّوْعِ وَالْمَكَانِ.

قَالَ: (وَلَيْسَ لِلْمُضَارِبِ أَنْ يَشْتَرِيَ مَنْ يُعْتَقُ عَلَىٰ رَبِّ المَالِ لِقَرَابَةٍ أَوْ غَيْرِهَا) لِأَنَّ العَقْدَ وُضِعَ لِتَحْصِيلِ الرِّبْحِ وَذٰلِكَ بِالتَّصَرُّفِ مَرَّةً بَعْدَ أُخْرَىٰ، وَلَا يَتَحَقَّقُ فِيهِ لِعِتْقِهِ وَلِهٰذَا لَا يَدْخُلُ فِي الْمُضَارَبَةِ شِرَاءُ مَا لَا يُمْلَكُ بِالْقَبْضِ كَشِرَاءِ الخَمْرِ وَالشِّرَاءِ بِالْمَيْتَةِ. بِخِلَافِ البَيْعِ الفَاسِدِ

تخصيصُ بيع الصرف لا الشراء من الصيارفة.

قوله: وَهٰذَا هُوَ الْمُرَادُ عُرْفًا، أي بالأوّل والثاني.

قوله: لِقَرَابَةٍ أَوْ غَيْرِهَا، كالمحلوف بعتقه.

قوله: لِأَنَّ العَقْدَ وُضِعَ لِتَحْصِيلِ الرِّبْحِ، أي عقد المضاربة، بخلاف الوكالة فإنَّ الوكيل بشراء العبد مطلقًا بألف درهمٍ يملك أن يشتري بها عبدًا يعتق علىٰ موكله بالقرابة أو باليمين ولا يصير مخالفًا، لأنَّ الوكالة مطلقةٌ والمضاربة مقيَّدةٌ بشراء شيءٍ يحصل فيه الربح بالبيع، فإذا اشترىٰ ما لا يقدر على البيع فقد خالفَ حتَّىٰ لو قال في الوكالة: اشترِ لي جاريةً أو عبدًا بألف درهمٍ أبيعه فاشترىٰ عبدًا يعتق عليه صار مخالفًا، ولا فرق بينهما حينئذٍ.

قوله: بِخِلَافِ البَيْعِ الفَاسِدِ، أي يدخل البيع الفاسد في المضاربة، كما إذا اشترىٰ عبدًا أو ثوبًا بخمرٍ أو خنزيرٍ لأنه يمكنه بيعه بعد قبضه فيتحقَّقُ المقصود.

لِأَنَّهُ يُمْكِنُهُ بَيْعُهُ بَعْدَ قَبْضِهِ فَيَتَحَقَّقُ المَقْصُودُ.

قَالَ: (وَلَوْ فَعَلَ صَارَ مُشْتَرِيًا لِنَفْسِهِ دُونَ المُضَارَبَةِ) لِأَنَّ الشِّرَاءَ مَتَىٰ وَجَدَ نَفَاذًا عَلَىٰ المُشْتَرِي نَفَذَ عَلَيْهِ كَالْوَكِيلِ بِالشِّرَاءِ إِذَا خَالَفَ.

قَالَ: (فَإِنْ كَانَ فِي المَالِ رِبْحٌ لَمْ يَجُزْ لَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ مَنْ يُعْتَقُ عَلَيْهِ) لِأَنَّهُ يُعْتِقُ عَلَيْهِ نَصِيبَهُ وَيُفْسِدُ نَصِيبَ رَبِّ المَالِ أَوْ يُعْتِقُ عَلَى الِاخْتِلَافِ المَعْرُوفِ فَيَمْتَنِعُ التَّصَرُّفُ فَلَا يَحْصُلُ المَقْصُودُ (وَإِنِ اشْتَرَاهُمْ ضَمِنَ مَالَ المُضَارَبَةِ) لِأَنَّهُ يَصِيرُ مُشْتَرِيًا العَبْدَ لِنَفْسِهِ فَيَضْمَنُ بِالنَّقْدِ مِنْ مَالِ المُضَارَبَةِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي المَالِ رِبْحٌ جَازَ أَنْ يَشْتَرِيَهُمْ لِأَنَّهُ لَا مَانِعَ مِنَ التَّصَرُّفِ، إِذْ لَا شَرِكَةَ لَهُ فِيهِ لِيُعْتَقَ عَلَيْهِ (فَإِنْ زَادَتْ قِيمَتُهُمْ بَعْدَ الشِّرَاءِ عَتَقَ نَصِيبُهُ مِنْهُمْ) لِمِلْكِهِ بَعْضَ قَرِيبِهِ (وَلَمْ يَضْمَنْ لِرَبِّ المَالِ شَيْئًا) لِأَنَّهُ لَا صُنْعَ مِنْ جِهَتِهِ فِي زِيَادَةِ القِيمَةِ وَلَا فِي مِلْكِهِ الزِّيَادَةَ، لِأَنَّ هٰذَا شَيْءٌ يَثْبُتُ مِنْ طَرِيقِ الحُكْمِ فَصَارَ كَمَا إِذَا وَرِثَهُ مَعَ غَيْرِهِ (وَيَسْعَىٰ العَبْدُ فِي قِيمَةِ نَصِيبِهِ مِنْهُ) لِأَنَّهُ احْتُبِسَتْ مَالِيَّتُهُ عِنْدَهُ

قوله: عَلَى الِاخْتِلَافِ المَعْرُوفِ، أي يفسد نصيبَ ربُّ المال عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، ويعتق عندهما بناءً علىٰ تجزِّي الإعتاق وعدمه.

قوله: كَمَا إِذَا وَرِثَهُ مَعَ غَيْرِهِ، صورته: امرأةٌ اشترت ابن زوجها ثمَّ ماتت وتركت زوجًا وأخًا.

قوله: وَيَسْعَى العَبْدُ فِي قِيمَةِ نَصِيبِهِ مِنْهُ، أي من العبد وهو رأس المال ونصيبه

فَيَسْعَىٰ فِيهِ كَمَا فِي الوَرَثَةِ.

قَالَ: (فَإِنْ كَانَ مَعَ المُضَارِبِ أَلْفٌ بِالنِّصْفِ فَاشْتَرَىٰ بِهَا جَارِيَةً قِيمَتُهَا أَلْفٌ فَوَطِئَهَا فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ يُسَاوِي أَلْفًا فَادَّعَاهُ ثُمَّ بَلَغَتْ قِيمَةُ الغُلَامِ أَلْفًا وَخَمْسَمِائَةٍ وَالْمُدَّعِي مُوسِرٌ، فَإِنْ شَاءَ رَبُّ المَالِ اسْتَسْعَىٰ الغُلَامَ فِي أَلْفٍ وَمِائَتَيْنِ وَخَمْسِينَ، وَإِنْ شَاءَ أَعْتَقَهُ) وَوَجْهُ ذٰلِكَ أَنَّ الدَّعْوَةَ صَحِيحَةٌ فِي الظَّاهِرِ حَمْلًا عَلَىٰ فِرَاشِ النِّكَاحِ، لٰكِنَّهُ لَمْ يَنْفُذْ لِفَقْدِ شَرْطِهِ وَهُوَ المِلْكُ لِعَدَمِ ظُهُورِ الرِّبْحِ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا: أَعْنِي الأُمَّ وَالْوَلَدَ مُسْتَحَقٌّ بِرَأْسِ المَالِ، كَمَالِ المُضَارَبَةِ إِذَا صَارَ أَعْيَانًا كُلُّ عَيْنٍ مِنْهَا يُسَاوِي رَأْسَ المَالِ لَا يَظْهَرُ الرِّبْحُ كَذَا هٰذَا، فَإِذَا زَادَتْ قِيمَةُ

من الربح.

قوله: وَالْمُدَّعِي مُوسِرٌ، قيَّد به لأنَّ ضمان الإعتاق إنَّما يكون إذا كان المعتق موسرًا ودعوة المضارب إعتاقٌ في حقِّ الولد فينبغي أن يضمن المضارب لربِّ المال إذا كان موسرًا ومع ذلك لم يضمن لعدم الصنع منه.

قوله: حَمْلًا عَلَىٰ فِرَاشِ النِّكَاحِ، بأن يزوِّجها منه بائعها.

قوله: كَمَالِ المُضَارَبَةِ إِذَا صَارَ أَعْيَانًا، أي أجناسًا مختلفةً حقيقةً أو حكمًا، حتَّىٰ لو كان أعيانًا من جنسٍ واحدٍ كل عينٍ يساوي رأس المال يظهر الربح، كما إذا اشترى فرسين كل واحد منهما يساوي ألفًا ورأس المال ألفٌ كان له ربعها، حتَّىٰ لو وهب لرجل وسلمه إليه صحَّ، أما العبيد فعند أبي حنيفة رحمه الله أجناسٌ مختلفة لفحش التفاوت في المعانِي الباطنة، وعندهما كذلك إلا أن يرى القاضي الصلاحَ في الجمع أو يتراضوا على

الغُلَامِ الآنَ ظَهَرَ الرِّبْحُ فَنَفَذَتِ الدَّعْوَةُ السَّابِقَةُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَعْتَقَ الوَلَدَ ثُمَّ ازْدَادَتِ القِيمَةُ، لِأَنَّ ذٰلِكَ إِنْشَاءُ العِتْقِ، فَإِذَا بَطَلَ لِعَدَمِ المِلْكِ لَا يَنْفُذُ بَعْدَ ذٰلِكَ بِحُدُوثِ المِلْكِ، أَمَّا هٰذَا فَإِخْبَارٌ فَجَازَ أَنْ يَنْفُذَ عِنْدَ حُدُوثِ المِلْكِ كَمَا إِذَا أَقَرَّ بِحُرِّيَّةِ عَبْدِ غَيْرِهِ ثُمَّ اشْتَرَاهُ، وَإِذَا صَحَّتِ الدَّعْوَةُ وَثَبَتَ النَّسَبُ عَتَقَ الوَلَدُ لِقِيَامِ مِلْكِهِ فِي بَعْضِهِ، وَلَا يَضْمَنُ لِرَبِّ المَالِ شَيْئًا مِنْ قِيمَةِ الوَلَدِ لِأَنَّ عِتْقَهُ ثَبَتَ بِالنَّسَبِ وَالْمِلْكِ وَالْمِلْكُ آخِرُهُمَا فَيُضَافُ إِلَيْهِ وَلَا صُنْعَ لَهُ فِيهِ، وَهٰذَا ضَمَانُ إِعْتَاقٍ فَلَا بُدَّ مِنَ التَّعَدِّي وَلَمْ يُوجَدْ (وَلَهُ أَنْ يَسْتَسْعِيَ الغُلَامَ) لِأَنَّهُ احْتُبِسَتْ مَالِيَّتُهُ عِنْدَهُ، وَلَهُ أَنْ يَعْتِقَ لِأَنَّ المُسْتَسْعَىٰ ....

ذلك فحينئذٍ يجمع، فإن قيل: لِما ذا لا تجعل الجارية رأس المال وجميع الولد ربحًا لِمَا أنَّ الجارية كانت متعينةً لرأس المال قبل الولد فيجبُ أن تبقىٰ كذلك؟ قلنا: إنَّ تعينها كان لعدم المزاحم لا أنَّها رأس المال دراهم وبعد الولد تحقَّقت المزاحمة فذهبَ تعينها لرأس المال، ثم إنَّما لا يتعيَّن أحدهما لرأس المال لأنَّ أحدهما ليس بأوْلىٰ من الآخر للتعين لرأس المال.

قوله: لِأَنَّ ذٰلِكَ إِنْشَاءُ العِتْقِ، فَإِذَا بَطَلَ لِعَدَمِ المِلْكِ لَا يَنْفُذُ بَعْدَ ذٰلِكَ بِحُدُوثِ المِلْكِ، لأنَّ صحة الإنشاء محتملٌ تعتمد قيام المحلية في الحال وصحَّة الاخبار تعتمد احتمال المخبرية في الزمان الماضي، وههنا أمكن المخبرية لاحتمال أن يكون على الفراش لصحَّة دعوته ظاهر فينفذُ عند وجود الشرط.

قوله: وَلَا صُنْعَ لَهُ فِيهِ، أي في الملك لأنه حصل بزيادة القيمة.

كَالْمُكَاتَبِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَيَسْتَسْعِيهِ فِي أَلْفٍ وَمِائَتَيْنِ وَخَمْسِينَ، لِأَنَّ الأَلْفَ مُسْتَحَقٌّ بِرَأْسِ المَالِ وَالْخَمْسَمِائَةِ رِبْحٌ وَالرِّبْحَ بَيْنَهُمَا فَلِهٰذَا يَسْعَىٰ لَهُ فِي هٰذَا المِقْدَارِ. ثُمَّ إِذَا قَبَضَ رَبُّ المَالِ الأَلْفَ لَهُ أَنْ يُضَمِّنَ المُدَّعِيَ نِصْفَ قِيمَةِ الأُمِّ لِأَنَّ الأَلْفَ المَأْخُوذَ لَمَّا اُسْتُحِقَّ بِرَأْسِ المَالِ لِكَوْنِهِ مُقَدَّمًا فِي الِاسْتِيفَاءِ ظَهَرَ أَنَّ الجَارِيَةَ كُلَّهَا رِبْحٌ فَيَكُونُ بَيْنَهُمَا، وَقَدْ تَقَدَّمَتْ دَعْوَةٌ صَحِيحَةٌ لِاحْتِمَالِ الفِرَاشِ الثَّابِتِ بِالنِّكَاحِ وَتَوَقَّفَ نَفَاذُهَا لِفَقْدِ المِلْكِ، فَإِذَا ظَهَرَ المِلْكُ نَفَذَتْ تِلْكَ الدَّعْوَةُ وَصَارَتْ الجَارِيَةُ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ وَيَضْمَنُ نَصِيبَ رَبِّ المَالِ لِأَنَّ هٰذَا ضَمَانُ تَمَلُّكٍ وَضَمَانُ التَّمَلُّكِ لَا يَسْتَدْعِي صُنْعًا كَمَا إِذَا اسْتَوْلَدَ جَارِيَةً بِالنِّكَاحِ ثُمَّ مَلَكَهَا هُوَ وَغَيْرُهُ وِرَاثَةً يَضْمَنُ نَصِيبَ شَرِيكِهِ كَذَا هٰذَا؛

قوله: كَالْمُكَاتَبِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ، أي يقبل الإعتاق كما يقبل المكاتب.

قوله: ظَهَرَ أَنَّ الجَارِيَةَ كُلَّهَا رِبْحٌ، وإنَّما لم تجعل الجارية رأسَ المال وجميع الولد ربحًا لأنَّ ما يجب على الولد من جنسِ رأس المال وأنه مقدَّم في الاستيفاء فكان تعينه لرأس المال أَوْلىٰ، ولمَّا صارت الجارية ربحًا فعقرها الواجبُ على المضارب يصير ربحًا أيضًا فيكون بينهما.

قوله: وَضَمَانُ التَّمَلُّكِ لَا يَسْتَدْعِي صُنْعًا، لأنَّ ضمان التَّمَلُّك يرجع إلى المحل فيستوي فيه التعدي وغيره، كالنائم إذا انقلب علىٰ شيءٍ وأتلفه.

قوله: ثُمَّ مَلَكَهَا هُوَ وَغَيْرُهُ وِرَاثَةً، كالأخ تزوَّج بجارية أخيه فمات المولىٰ وترك

بِخِلَافِ ضَمَانِ الوَلَدِ عَلَىٰ مَا مَرَّ.

الجاريةَ بين الزوج وأخٍ آخر يملكها الزوج ويضمن نصيب شريكه لأنه ضمان الملك.

قوله: بِخِلَافِ ضَمَانِ الوَلَدِ، لأنه ضمان إعتاقٍ فلا بُدَّ من التعدِّي ولم يوجد.

قوله: عَلَىٰ مَا مَرَّ، إشارة إلىٰ قوله: ولا يضمن لربِّ المال شيئًا من قيمة الولد، لأنَّ عتقه بالنسب والملك، والملك آخرُهما ولا صنعَ لهُ فيه.

❊ ❊ ❊

بَابُ المُضَارِبُ يُضَارِبُ

قَالَ: (وَإِذَا دَفَعَ المُضَارِبُ المَالَ إِلَىٰ غَيْرِهِ مُضَارَبَةً وَلَمْ يَأْذَنْ لَهُ رَبُّ المَالِ لَمْ يَضْمَنْ بِالدَّفْعِ وَلَا يَتَصَرَّفُ المُضَارِبُ الثَّانِي حَتَّىٰ يَرْبَحَ، فَإِذَا رَبِحَ ضَمِنَ الأَوَّلُ لِرَبِّ المَالِ) وَهٰذَا رِوَايَةُ الحَسَنِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: إِذَا عَمِلَ بِهِ ضَمِنَ رَبِحَ أَوْ لَمْ يَرْبَحْ، وَهٰذَا ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ. وَقَالَ زُفَرُ - رَحِمَهُ اللهُ -: يَضْمَنُ بِالدَّفْعِ عَمِلَ أَوْ لَمْ يَعْمَلْ، وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - لِأَنَّ المَمْلُوكَ لَهُ الدَّفْعُ عَلَىٰ وَجْهِ الإِيدَاعِ، وَهٰذَا الدَّفْعُ عَلَىٰ وَجْهِ المُضَارَبَةِ. وَلَهُمَا أَنَّ الدَّفْعَ إِيدَاعٌ حَقِيقَةً، وَإِنَّمَا يَتَقَرَّرُ كَوْنُهُ لِلْمُضَارَبَةِ بِالْعَمَلِ فَكَانَ الحَالُ مُرَاعًىٰ قَبْلَهُ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ الدَّفْعَ قَبْلَ العَمَلِ إِيدَاعٌ وَبَعْدَهُ إِبْضَاعٌ، وَالْفِعْلَانِ يَمْلِكُهُمَا المُضَارِبُ فَلَا يَضْمَنُ بِهِمَا، إِلَّا أَنَّهُ إِذَا رَبِحَ فَقَدْ أَثْبَتَ لَهُ شَرِكَةً فِي المَالِ فَيَضْمَنُ كَمَا لَوْ خَلَطَهُ بِغَيْرِهِ، وَهٰذَا إِذَا كَانَتِ المُضَارَبَةُ صَحِيحَةً، فَإِنْ كَانَتْ فَاسِدَةً

باب المضارب يضارب

قوله: فَإِنْ كَانَتْ فَاسِدَةً، أي المضاربة الثانية دلَّ عليه قوله: لأنه أجيرٌ فيه، والحكم لا يختلف بين ما إذا كانت الأولى فاسدة أو الثانية أو كلتاهما، وفي الذخيرة: وإنَّما يجب

لَا يَضْمَنُهُ الأَوَّلُ، وَإِنْ عَمِلَ الثَّانِي لِأَنَّهُ أَجِيرٌ فِيهِ وَلَهُ أَجْرُ مِثْلِهِ فَلَا تَثْبُتُ الشَّرِكَةُ بِهِ. ثُمَّ ذَكَرَ فِي الكِتَابِ يَضْمَنُ الأَوَّلُ وَلَمْ يَذْكُرِ الثَّانِيَ. وَقِيلَ يَنْبَغِي أَنْ لَا يَضْمَنَ الثَّانِي عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَعِنْدَهُمَا يَضْمَنُ بِنَاءً عَلَى اخْتِلَافِهِمْ فِي مُودِعِ المُودَعِ. وَقِيلَ رَبُّ المَالِ بِالْخِيَارِ

الضمان عليهما إذا كانت المضاربتان جائزتين، فأمَّا إذا كانتا فاسدتين فلا ضمانَ على واحدٍ منهما، حتَّىٰ لو هلك المال في يد الثانِي فلا ضمانَ، لأنَّ الضمان على الأول بسبب اشتراك الثاني في الربح، وإذا كانتا فاسدتين فما أثبت الأوَّل للثانِي شركةً في الربح بل استأجر الثانِي ليعمل في مال المضاربة، والمضاربُ إذا استأجر أجيرًا ليعمل في مال المضاربة فعمل الأجير فلا ضمانَ على واحدٍ منهما، وكذلك إن كانت الأولىٰ جائزةً والثانية فاسدةً فلا ضمانَ لأنَّ الثانية إذا كانت فاسدةً لا يثبت للثانِي شركةً في الربح بل يكون أجيرًا، وللمضارب أن يستأجر أجيرًا ليعمل في مال المضاربة، وكذلك إن كانت الأولىٰ فاسدةً والثانية جائزةً لأنَّ الأولىٰ متى كانت فاسدةً تكون المضاربة الثانية فاسدةً أيضًا، لأنَّها لا تفيد الشركة في الربح لأنَّ الربح كله لربِّ المال إذا كانت الأولىٰ فاسدةً فلا تفيد الثانية شركةً في الربح، وكل مضاربةً لا تفيد الشركة في الربح تكون فاسدةً، فإذا كانت المضاربة الثانية فاسدةً لا يثبت للثانِي شركةً في الربح، والضمان إنَّما يجبُ إذا ثبت للثانِي شركةً في الربح، فإن قيل: إذا كانت المضاربة الثانية تفسد عند فساد الأولىٰ لا يتأتَّىٰ هذا القسم وهو ما إذا كانت الأولىٰ فاسدةً والثانية جائزةً، قلنا: المراد من جواز الثانية في هذه الصورة كون المشروط للثانِي من الربح مقدارًا تجوز المضاربة به في الجملة بأن كان المشروطُ للأول من الربح مائةً أو نصف الربح مع زيادة مائةٍ والمشروط للثانِي نصف الربح أو ثلاثة.

قوله: بِنَاءً عَلَى اخْتِلَافِهِمْ فِي مُودِعِ المُودَعِ، إذا أَوْدَع رجلٌ وديعةً وأَوْدَع المودع عند آخرٍ وهلَكَ في يد الثانِي لا يضمن الثانِي عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، وعندهما ربُّ

إِنْ شَاءَ ضَمَّنَ الأَوَّلَ وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَ الثَّانِيَ بِالْإِجْمَاعِ وَهُوَ الْمَشْهُورُ، وَهٰذَا عِنْدَهُمَا ظَاهِرٌ وَكَذَا عِنْدَهُ، وَوَجْهُ الفَرْقِ لَهُ بَيْنَ هٰذِهِ وَبَيْنَ مُودِعِ المُودَعِ أَنَّ المُودَعَ الثَّانِيَ يَقْبِضُهُ لِمَنْفَعَةِ الأَوَّلِ فَلَا يَكُونُ ضَامِنًا، أَمَّا المُضَارِبُ الثَّانِي يَعْمَلُ فِيهِ لِنَفْعِ نَفْسِهِ فَجَازَ أَنْ يَكُونَ ضَامِنًا. ثُمَّ إِنْ ضَمِنَ الأَوَّلُ صَحَّتِ المُضَارَبَةُ بَيْنَ الأَوَّلِ وَبَيْنَ الثَّانِي وَكَانَ الرِّبْحُ بَيْنَهُمَا عَلَىٰ مَا شَرَطَا لِأَنَّهُ ظَهَرَ أَنَّهُ مَلَكَهُ بِالضَّمَانِ مِنْ حِينِ خَالَفَ بِالدَّفْعِ إِلَىٰ غَيْرِهِ لَا عَلَى الوَجْهِ الَّذِي رَضِيَ بِهِ فَصَارَ كَمَا إِذَا دَفَعَ مَالَ نَفْسِهِ، وَإِنْ ضَمِنَ الثَّانِي رَجَعَ عَلَى الأَوَّلِ بِالْعَقْدِ لِأَنَّهُ عَامِلٌ لَهُ كَمَا فِي المُودَعِ

المال بالخيار إن شاء ضمَّن الأول وإن شاء ضمَّن الثانِي، كما في المضارب الثانِي عنده لا يضمن، وعندهما يخيَّر ربُّ المال.

قوله: أَنَّ المُودَعَ الثَّانِيَ يَقْبِضُهُ لِمَنْفَعَةِ الأَوَّلِ، لأنَّ على الأول حفظ الوديعة، فإذا دفع إلىٰ غيره يكون الثانِي عاملاً له بأمره في القبض فينتقل عمله إلى الأول، فصار كأنه حفظه بنفسه، ولو هلك في يد الأول لا يجب الضمان فكذا إذا هلك في يد الثانِي، أمَّا المضارب الثانِي فعاملٌ لنفسه في القبض، لأنه إنَّما يقبضه لاكتساب الربح لنفسه فلا ينتقل عمله إلى الغير.

قوله: لِأَنَّهُ عَامِلٌ لَهُ، أي لأنَّ المضارب الثانِي عاملٌ لأجل المضارب الأوَّل، فإن قيل: بين هذا وبين ما تقدَّم وهو قوله: أَمَّا المُضَارِبُ ... يَعْمَلُ فِيهِ لِنَفْعِ نَفْسِهِ، تناقضٌ ظاهرٌ حيثُ جعل المضارب الثانِي في حقِّ عمل واحد عاملاً لنفسه ولغيره؟ قلنا: نعم كذلك، إلا أنَّ ذلك بحسب اختلاف الجهة، لِمَا أنَّ المضاربة مشتملةٌ علىٰ عقودٍ وذلك المضارب عاملٌ لنفسه بسبب شركةٍ في الربح وعاملٌ لغيره بسبب أنه في الابتداء مودع

وَلِأَنَّهُ مَغْرُورٌ مِنْ جِهَتِهِ فِي ضِمْنِ العَقْدِ. وَتَصِحُّ المُضَارَبَةُ وَالرِّبْحُ بَيْنَهُمَا عَلَىٰ مَا شَرَطَا لِأَنَّ قَرَارَ الضَّمَانِ عَلَى الأَوَّلِ فَكَأَنَّهُ ضَمِنَهُ ابْتِدَاءً، وَيَطِيبُ الرِّبْحُ لِلثَّانِي وَلَا يَطِيبُ لِلْأَعْلَىٰ لِأَنَّ الأَسْفَلَ يَسْتَحِقُّهُ بِعَمَلِهِ وَلَا خُبْثَ فِي العَمَلِ، وَالأَعْلَىٰ يَسْتَحِقُّهُ بِمِلْكِهِ المُسْتَنِدِ بِأَدَاءِ الضَّمَانِ وَلَا يُعَرَّىٰ عَنْ نَوْعِ خُبْثٍ.

قَالَ: (فَإِذَا دَفَعَ رَبُّ المَالِ مُضَارَبَةً بِالنِّصْفِ وَأَذِنَ لَهُ بِأَنْ يَدْفَعَهُ إِلَىٰ غَيْرِهِ فَدَفَعَهُ بِالثُّلُثِ وَقَدْ تَصَرَّفَ الثَّانِي وَرَبِحَ، فَإِنْ كَانَ رَبُّ المَالِ

المودع وعمل المودع وهو الحفظ للمودع، وتسمية الشيء الواحد باسمين بسبب اختلاف الجهة لا يكون تناقضًا، كشخصٍ له أبٌ وابنٌ، يُسَمَّىٰ ذلك الشخص بالأب والابن بحسب اختلاف الجهة ولا يكون تناقضًا.

قوله: وَإِنْ ضَمِنَ الثَّانِي رَجَعَ عَلَى الأَوَّلِ بِالْعَقْدِ، يعني بسببه وصحت المضاربة، فإن قيل: المالك لو اختار تضمين المرتَهن من الغاصب يرجع المرتَهن على الراهن بما ضمن ولم ينفذ عقد الرهن، قلنا: الرجوع على الراهن إنَّما يكون باعتبار التسليم الذي وجد بعد العقد، فلم ينفذ العقد السابق وعقد الرهن لازمٌ فيعطىٰ لبقائه حكم ابتدائه، فلا يثبتُ الملك سابقًا على عقد الرهن فلا ينفذُ، بخلاف المضاربة فإنه عقدٌ جائزٌ فلا يُعطىٰ لبقائه حكم ابتدائه، فصار كالمجدَّد للعقد بعد أداء الضَّمان.

قوله: كَمَا فِي المُودَعِ، أي مودع الغاصب إذا ضمن يرجع على الغاصب المودع.

قوله: وَلَا يُعَرَّىٰ عَنْ نَوْعِ خُبْثٍ، لأنه ثابتٌ من وجهٍ دون وجهٍ فمن حيثُ إنه لا ملكَ له تمكَّن الخبثُ فيه فيكون سبيله التصدُّق.

قَالَ لَهُ عَلَىٰ أَنَّ مَا رَزَقَ اللهُ فَهُوَ بَيْنَنَا نِصْفَانِ فَلِرَبِّ المَالِ النِّصْفُ وَلِلْمُضَارِبِ الثَّانِي الثُّلُثُ وَلِلْمُضَارِبِ الأَوَّلِ السُّدُسُ) لِأَنَّ الدَّفْعَ إِلَى الثَّانِي مُضَارَبَةً قَدْ صَحَّ لِوُجُودِ الأَمْرِ بِهِ مِنْ جِهَةِ المَالِكِ وَرَبُّ المَالِ شَرَطَ لِنَفْسِهِ نِصْفَ جَمِيعِ مَا رَزَقَ اللهُ تَعَالَىٰ فَلَمْ يَبْقَ لِلأَوَّلِ إِلَّا النِّصْفُ فَيَتَصَرَّفُ تَصَرُّفُهُ إِلَىٰ نَصِيبِهِ وَقَدْ جَعَلَ مِنْ ذٰلِكَ بِقَدْرِ ثُلُثِ الجَمِيعِ لِلثَّانِي فَيَكُونُ لَهُ فَلَمْ يَبْقَ إِلَّا السُّدُسُ، وَيَطِيبُ لَهُمَا ذٰلِكَ لِأَنَّ فِعْلَ الثَّانِي وَاقِعٌ لِلأَوَّلِ كَمَنْ اُسْتُؤْجِرَ عَلَىٰ خِيَاطَةِ ثَوْبٍ بِدِرْهَمٍ وَاسْتَأْجَرَ غَيْرَهُ عَلَيْهِ بِنِصْفِ دِرْهَمٍ (وَإِنْ كَانَ قَالَ لَهُ عَلَىٰ أَنَّ مَا رَزَقَكَ اللهُ فَهُوَ بَيْنَنَا نِصْفَانِ فَلِلْمُضَارِبِ الثَّانِي الثُّلُثُ وَالْبَاقِي بَيْنَ المُضَارِبِ الأَوَّلِ وَرَبِّ المَالِ نِصْفَانِ) لِأَنَّهُ فَوَّضَ إِلَيْهِ التَّصَرُّفَ وَجَعَلَ لِنَفْسِهِ نِصْفَ مَا رُزِقَ الأَوَّلُ وَقَدْ رُزِقَ الثُّلُثَيْنِ فَيَكُونُ بَيْنَهُمَا، بِخِلَافِ الأَوَّلِ لِأَنَّهُ جَعَلَ لِنَفْسِهِ نِصْفَ جَمِيعِ الرِّبْحِ فَافْتَرَقَا (وَلَوْ كَانَ قَالَ لَهُ فَمَا رَبِحْتَ مِنْ شَيْءٍ فَبَيْنِي وَبَيْنَكَ نِصْفَانِ وَقَدْ دَفَعَ إِلَىٰ غَيْرِهِ بِالنِّصْفِ فَلِلثَّانِي النِّصْفُ وَالْبَاقِي بَيْنَ الأَوَّلِ وَرَبِّ المَالِ) لِأَنَّ الأَوَّلَ شَرَطَ لِلثَّانِي نِصْفَ الرِّبْحِ وَذٰلِكَ مُفَوَّضٌ إِلَيْهِ مِنْ جِهَةِ رَبِّ المَالِ فَيَسْتَحِقُّهُ. وَقَدْ جَعَلَ رَبُّ المَالِ لِنَفْسِهِ نِصْفَ مَا رَبِحَ الأَوَّلُ وَلَمْ يَرْبَحْ إِلَّا النِّصْفُ فَيَكُونُ بَيْنَهُمَا (وَلَوْ كَانَ قَالَ لَهُ عَلَىٰ أَنَّ مَا رَزَقَ اللهُ تَعَالَىٰ فَلِي نِصْفُهُ أَوْ قَالَ فَمَا كَانَ مِنْ فَضْلٍ فَبَيْنِي وَبَيْنَكَ نِصْفَانِ وَقَدْ دَفَعَ إِلَىٰ آخَرَ مُضَارَبَةً بِالنِّصْفِ فَلِرَبِّ المَالِ النِّصْفُ

وَلِلْمُضَارِبِ الثَّانِي النِّصْفُ وَلَا شَيْءَ لِلْمُضَارِبِ الأَوَّلِ) لِأَنَّهُ جَعَلَ لِنَفْسِهِ نِصْفَ مُطْلَقِ الفَضْلِ فَيَنْصَرِفُ شَرْطُ الأَوَّلِ النِّصْفَ لِلثَّانِي إِلَىٰ جَمِيعِ نَصِيبِهِ فَيَكُونُ لِلثَّانِي بِالشَّرْطِ وَيَخْرُجُ الأَوَّلُ بِغَيْرِ شَيْءٍ، كَمَنْ اُسْتُؤْجِرَ لِيَخِيطَ ثَوْبًا بِدِرْهَمٍ فَاسْتَأْجَرَ غَيْرَهُ لِيَخِيطَهُ بِمِثْلِهِ.

(وَإِنْ شَرَطَ لِلْمُضَارِبِ الثَّانِي ثُلُثَيْ الرِّبْحِ فَلِرَبِّ المَالِ النِّصْفُ وَلِلْمُضَارِبِ الثَّانِي النِّصْفُ وَيَضْمَنُ المُضَارِبُ الأَوَّلُ لِلثَّانِي سُدُسَ الرِّبْحِ فِي مَالِهِ) لِأَنَّهُ شَرَطَ لِلثَّانِي شَيْئًا هُوَ مُسْتَحَقٌّ لِرَبِّ المَالِ فَلَمْ يَنْفُذْ فِي حَقِّهِ لِمَا فِيهِ مِنَ الإِبْطَالِ، لَكِنَّ التَّسْمِيَةَ فِي نَفْسِهَا صَحِيحَةٌ لِكَوْنِ المُسَمَّىٰ مَعْلُومًا فِي عَقْدٍ يَمْلِكُهُ وَقَدْ ضَمِنَ لَهُ السَّلَامَةَ فَيَلْزَمُهُ الوَفَاءُ بِهِ، وَلِأَنَّهُ غَرَّهُ فِي ضِمْنِ العَقْدِ وَهُوَ سَبَبُ الرُّجُوعِ فَلِهَٰذَا يَرْجِعُ عَلَيْهِ، وَهُوَ نَظِيرُ مَنْ اُسْتُؤْجِرَ لِخِيَاطَةِ ثَوْبٍ بِدِرْهَمٍ فَدَفَعَهُ إِلَىٰ مَنْ يَخِيطُهُ بِدِرْهَمٍ وَنِصْفٍ.

قوله: وَهُوَ سَبَبُ الرُّجُوعِ، أي الغرور في العقد سبب الرجوع، وإنَّما قيَّد بالغرور في ضمن العقد لأنَّ الغرورَ لو لم يكن في ضمن العقد لا يكون موجبًا للضمان، كما لو قال لآخرٍ: هذا الطريقُ آمنٌ، وهو ليسَ بآمنٍ فدخلَ فيه فقطعَ الطريقَ عليه قاطعُ الطريق وأخذ ماله فلا ضمان عليه، والله تعالىٰ أعلم.

فَصْلٌ: شَرَطَ المُضَارِبُ لِرَبِّ المَالِ ثُلُثَ الرِّبْحِ وَلِعَبْدِ رَبِّ المَالِ ثُلُثَ الرِّبْحِ

(وَإِذَا شَرَطَ المُضَارِبُ لِرَبِّ المَالِ ثُلُثَ الرِّبْحِ وَلِعَبْدِ رَبِّ المَالِ ثُلُثَ الرِّبْحِ عَلَىٰ أَنْ يَعْمَلَ مَعَهُ وَلِنَفْسِهِ ثُلُثَ الرِّبْحِ فَهُوَ جَائِزٌ) لِأَنَّ لِلْعَبْدِ يَدًا مُعْتَبَرَةً خُصُوصًا إِذَا كَانَ مَأْذُونًا لَهُ وَاشْتِرَاطُ العَمَلِ إِذْنٌ لَهُ، وَلِهٰذَا لَا يَكُونُ لِلْمَوْلَىٰ وِلَايَةُ أَخْذِ مَا أَوْدَعَهُ العَبْدُ وَإِنْ كَانَ مَحْجُورًا عَلَيْهِ،

فصل: شرط المضارب لرب المال ثلث الربح ولعبد رب المال ثلث الربح

قوله: وَلِعَبْدِ رَبِّ المَالِ ثُلُثَ الرِّبْحِ عَلَىٰ أَنْ يَعْمَلَ مَعَهُ، التقييد بعبد رب المال مع أنَّ الحكم في عبد المضارب كذلك عند اشتراط العمل لدفع ما يتوهَّم أنَّ يد العبد للمولىٰ فتمنع التخلية فقال: هُوَ جَائِزٌ، أي سواءٌ كان على العبد دينٌ أو لم يكن، لأنَّ عبد ربِّ المال في حقِّ المضاربة كعبدِ أجنبيٍّ آخر ولا يمنع التخلية لأنَّ للعبد يدًا معتبرةً.

قوله: وَلِهٰذَا لَا يَكُونُ لِلْمَوْلَىٰ وِلَايَةُ أَخْذِ مَا أَوْدَعَهُ العَبْدُ، أي إذا كان غائبًا.

قوله: وَإِنْ كَانَ مَحْجُورًا عَلَيْهِ، أي عند الإيداع، وفي الذخيرة: إذا شَرَطَ بعض الربح لعبد المضارب أو لعبد رب المال، فإن شرطَ عمل العبد مع ذلك فالمضاربةُ جائزةٌ والشرط جائزٌ أيضًا علىٰ كلِّ حالٍ، وإن لم يشترط عمل العبد مع ذلك إن لم يكن على العبد دينٌ صحَّ الشرطُ سواءٌ كان عبد المضارب أو عبد رب المال، لأنه تعذَّر تصحيحُ هذا في حقِّ العبد لأنَّ الربح إنَّما يستحقُّ إمَّا برأس المال أو بالعمل أو بضمان العمل ولم يوجد واحدٌ من هذه الأشياء في حقِّ العبد وأمْكَن تصحيحه في حقِّ مولاه، لأنَّ ما شرط للعبد مشروطٌ لمولاه إذا لم يكن عليه دينٌ، وإن كان على العبد دينٌ فإن كان عبد المضارب

وَلِهٰذَا يَجُوزُ بَيْعِ المَوْلَىٰ مِنْ عَبْدِهِ المَأْذُونِ لَهُ، وَإِذَا كَانَ كَذٰلِكَ لَمْ يَكُنْ مَانِعًا مِنَ التَّسْلِيمِ وَالتَّخْلِيَةُ بَيْنَ المَالِ وَالْمُضَارِبِ، بِخِلَافِ اشْتِرَاطِ العَمَلِ عَلَىٰ رَبِّ المَالِ لِأَنَّهُ مَانِعٌ مِنَ التَّسْلِيمِ عَلَىٰ مَا مَرَّ، وَإِذَا صَحَّتِ المُضَارَبَةُ يَكُونُ الثُّلُثُ لِلْمُضَارِبِ بِالشَّرْطِ وَالثُّلُثَانِ لِلْمَوْلَىٰ، لِأَنَّ كَسْبَ العَبْدِ لِلْمَوْلَىٰ إِذَا لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ، وَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ فَهُوَ لِلْغُرَمَاءِ. هٰذَا إِذَا كَانَ العَاقِدُ هُوَ المَوْلَىٰ، وَلَوْ عَقَدَ العَبْدُ المَأْذُونُ عَقْدَ المُضَارَبَةِ مَعَ أَجْنَبِيٍّ وَشَرَطَ العَمَلَ عَلَىٰ المَوْلَىٰ لَا يَصِحُّ إِنْ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ لِأَنَّ هٰذَا اشْتِرَاطُ العَمَلِ عَلَىٰ المَالِكِ، وَإِنْ كَانَ عَلَىٰ العَبْدِ دَيْنٌ صَحَّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - لِأَنَّ المَوْلَىٰ بِمَنْزِلَةِ الأَجْنَبِيِّ عِنْدَهُ عَلَىٰ مَا عُرِفَ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

فعلىٰ قول أبي حنيفة رضي الله تعالىٰ عنه لا يصحُّ الشرط ويكون المشروط كالمسكوت عنه فيكون لربِّ المال، لأنه تعذَّر تصحيحُ هذا الشرط للعبد وتعذَّر تصحيحه للمضارب لأنه لا يملك كسب عبده عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ إذا كان على العبد دينٌ، وعندهما يصحُّ الشرط ويجبُ الوفاء به، وإن كان عبدُ ربِّ المال فالمشروطُ يكون لربِّ المال بلا خلافٍ، والله تعالىٰ أعلم.

فَصْلٌ فِي العَزْلِ وَالْقِسْمَةِ

قَالَ: (وَإِذَا مَاتَ رَبُّ المَالِ أَوِ المُضَارِبُ بَطَلَتِ المُضَارَبَةُ) لِأَنَّهُ تَوْكِيلٌ عَلَىٰ مَا تَقَدَّمَ، وَمَوْتُ المُوَكِّلِ يُبْطِلُ الوَكَالَةَ، وَكَذَا مَوْتُ الوَكِيلِ وَلَا تُورَثُ الوَكَالَةُ وَقَدْ مَرَّ مِنْ قَبْلُ. (وَإِنِ ارْتَدَّ رَبُّ المَالِ عَنِ الإِسْلَامِ) وَالْعِيَاذُ بِاللهِ (وَلَحِقَ بِدَارِ الحَرْبِ بَطَلَتِ المُضَارَبَةُ) لِأَنَّ اللُّحُوقَ بِمَنْزِلَةِ المَوْتِ؛ أَلَا تَرَىٰ أَنَّهُ يُقْسَمُ مَالُهُ بَيْنَ وَرَثَتِهِ وَقَبْلَ لُحُوقِهِ يَتَوَقَّفُ تَصَرُّفُ مُضَارِبِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - لِأَنَّهُ يَتَصَرَّفُ لَهُ فَصَارَ كَتَصَرُّفِهِ بِنَفْسِهِ (وَلَوْ كَانَ المُضَارِبُ هُوَ المُرْتَدُّ فَالْمُضَارَبَةُ عَلَىٰ حَالِهَا)

فصل في العزل والقسمة

قوله: وَإِنِ ارْتَدَّ رَبُّ المَالِ عَنِ الإِسْلَامِ، وَالْعِيَاذُ بِاللهِ وَلَحِقَ بِدَارِ الحَرْبِ بَطَلَتِ المُضَارَبَةُ، هذا إذا لم يعدَّ مسلمًا، أمَّا إذا رجع المرتدُّ وهو ربُّ المال مسلمًا جاز جميع ما فعل من البيع والشراء، وكان عقدهما المضاربة علىٰ ما شرطا، أمَّا إذا لم يتَّصل قضاء القاضي بلحاقه فلِأنَّ هذا بمنزلة الغيبة فلا يوجبُ العزلَ ولا بطلان الأهلية، وأمَّا بعد اللحاق والقضاء به فالوكيلُ ينعزل بخروج محلِّ التصرف عن ملك الموكل، وأمَّا ههنا لا يبطلُ لمكان حقِّ المضارب، كما لو ماتَ حقيقةً، كذا في المبسوط.

قوله: لِأَنَّهُ يَتَصَرَّفُ لَهُ، أي لأنَّ المضاربَ يتصرَّفُ لربِّ المال.

قوله: وَلَوْ كَانَ المُضَارِبُ هُوَ المُرْتَدُّ فَالْمُضَارَبَةُ عَلَىٰ حَالِهَا، أي في قولهم جميعًا،

لِأَنَّ لَهُ عِبَارَةً صَحِيحَةً، وَلَا تُوقَفُ فِي مِلْكِ رَبِّ المَالِ فَبَقِيَتِ المُضَارَبَةُ.

قَالَ: (فَإِنْ عَزَلَ رَبُّ المَالِ المُضَارِبَ وَلَمْ يَعْلَمْ بِعَزْلِهِ حَتَّىٰ اشْتَرَىٰ وَبَاعَ فَتَصَرُّفُهُ جَائِزٌ) لِأَنَّهُ وَكِيلٌ مِنْ جِهَتِهِ وَعَزْلُ الوَكِيلِ قَصْدًا يَتَوَقَّفُ عَلَىٰ عِلْمِهِ (وَإِنْ عَلِمَ بِعَزْلِهِ وَالْمَالُ عُرُوضٌ فَلَهُ أَنْ يَبِيعَهَا وَلَا يَمْنَعُهُ العَزْلُ مِنْ ذٰلِكَ) لِأَنَّ حَقَّهُ قَدْ ثَبَتَ فِي الرِّبْحِ، وَإِنَّمَا يَظْهَرُ بِالْقِسْمَةِ وَهِيَ

حتى لو اشترىٰ وباعَ وربحَ أو وضعَ ثمَّ قتل علىٰ ردَّته أو ماتَ أو لحقَ بدار الحرب فإنَّ جميعَ ما فَعَلَ من ذلك جائزٌ، والربح بينهما علىٰ ما شرطا لأنَّ توقُّف تصرفاته عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ لتعلُّق ورثته بماله، أو لتوقُّف ملكه باعتبار توقُّف نفسه، وهذا المعنى لا يوجدُ في تصرفه في مال المضاربة لأنه نائبٌ فيه عن ربّ المال، أو هو متصرِّفٌ في منافع نفسه ولا حقَّ لورثته في ذلك، فلهذا نفذَ تصرُّفه، والعهدة في جميع ما باعَ واشترىٰ على ربّ المال في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، لأنَّ حكم العهدة يتوقف بردَّته، وهذا لأنه لو لزمته العهدة لكان قضاء ذلك من ماله ولا تصرُّفَ له في ماله، فإذا تنحَّت العهدة عنه فإن قتل علىٰ ردَّته تعلَّق لمن انتفع بتصرفه بمنزلة الصبي المحجور عليه إذا وكل بالشراء للغير وبالبيع، وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالىٰ حاله في التصرُّف بعد الردَّة كحاله قبل الردَّة فالعهدة عليه ويرجع بذلك علىٰ ربّ المال.

قوله: لِأَنَّ لَهُ عِبَارَةً صَحِيحَةً، لأنَّ صحة عبارته لآدميته ولا نقصان فيها بعد الردَّة لأنه يتكلَّم عن عقلٍ وتميزٍ كما قبل الردَّة، ولهذا لو أسْلَم صحَّ إسلامه.

قوله: فَلَهُ أَنْ يَبِيعَهَا وَلَا يَمْنَعُهُ العَزْلُ عَنْ ذٰلِكَ، ففي هذه المسئلة يخالفُ المضارب الوكيلَ ثمَّ لمَّا لم يمنعه عزل ربُّ المال عن بيعها ملك بيعها نقدًا ونسيئةً، حتَّىٰ لو نَهاه ربُّ المال عن البيع نسيئةً لا يعمل نَهْيه، وكذلك لا يمنع عن المسافرة في الروايات المشهورة.

تُبْتَنَىٰ عَلَىٰ رَأْسِ المَالِ، وَإِنَّمَا يُنْقَضُ بِالْبَيْعِ.

قَالَ: (ثُمَّ لَا يَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِيَ بِثَمَنِهَا شَيْئًا آخَرَ) لِأَنَّ العَزْلَ إِنَّمَا لَمْ يَعْمَلْ ضَرُورَةَ مَعْرِفَةِ رَأْسِ المَالِ وَقَدْ انْدَفَعَتْ حَيْثُ صَارَ نَقْدًا فَيَعْمَلُ العَزْلُ (فَإِنْ عَزَلَهُ وَرَأْسُ المَالِ دَرَاهِمُ أَوْ دَنَانِيرُ وَقَدْ نَضَّتْ لَمْ يَجُزْ لَهُ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِيهَا) لِأَنَّهُ لَيْسَ فِي إِعْمَالِ عَزْلِهِ إِبْطَالُ حَقِّهِ فِي الرِّبْحِ فَلَا ضَرُورَةَ.

قَالَ: وَهٰذَا الَّذِي ذَكَرَهُ إِذَا كَانَ مِنْ جِنْسِ رَأْسِ المَالِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ بِأَنْ كَانَ دَرَاهِمَ وَرَأْسُ المَالِ دَنَانِيرُ أَوْ عَلَى القَلْبِ لَهُ أَنْ يَبِيعَهَا بِجِنْسِ رَأْسِ المَالِ اسْتِحْسَانًا لِأَنَّ الرِّبْحَ لَا يَظْهَرُ إِلَّا بِهِ وَصَارَ كَالْعُرُوضِ، وَعَلَىٰ هٰذَا مَوْتُ رَبِّ المَالِ وَلُحُوقُهُ بَعْدَ الرِّدَّةِ ....

قوله: فَإِنْ عَزَلَهُ وَرَأْسُ المَالِ دَرَاهِمُ أَوْ دَنَانِيرُ وَقَدْ نَضَّتْ، فإن كان رأس المال دنانير وله دراهم أو بالعكس له أن يبيعها بجنس رأس المال استحسانًا لا بالعروض، والقياس أن لا يجوز تصرفه لثبوت المجانسة بينهما من حيث الثمنية، فصار كأن رأس المال قد نضَّ، وجه الاستحسان أنَّ الواجب على المضارب أن يردَّ مثل رأس المال وذا لا يمكن إلا أن يبيع ما في يده بجنس رأس المال فصار كالعروض، نضيض الماء خروجه من الحجر أو نحوه وسيلانه قليلاً قليلاً من حدِّ ضَرَب، ومنه: خُذْ ما نضَّ لك من دينك، أي تيسَّر وتحصل، وفي الحديث: «يقسمان ما نضَّ بينهما من العين» أي صار ورقًا وعينًا بعد أن كان متاعًا، والناضُّ عند أهل الحجاز الدراهم والدنانير، كذا في المغرب.

قوله: وَعَلَىٰ هٰذَا مَوْتُ رَبِّ المَالِ، أي إذا مات ربُّ المال والمالُ عروضٌ فله أن يبيعها، كما إذا عزله ربُّ المال.

فِي بَيْعِ العُرُوضِ وَنَحْوِهَا.

قَالَ: (وَإِذَا افْتَرَقَا وَفِي المَالِ دُيُونٌ وَقَدْ رَبِحَ المُضَارِبُ فِيهِ أَجْبَرَهُ الحَاكِمُ عَلَىٰ اقْتِضَاءِ الدُّيُونِ) لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الأَجِيرِ وَالرِّبْحُ كَالْأَجْرِ لَهُ (وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ رِبْحٌ لَمْ يَلْزَمْهُ الِاقْتِضَاءُ) لِأَنَّهُ وَكِيلٌ مَحْضٌ وَالْمُتَبَرِّعُ لَا يُجْبَرُ عَلَىٰ إِيفَاءِ مَا تَبَرَّعَ بِهِ، (وَيُقَالُ لَهُ وَكِّلْ رَبَّ المَالِ فِي الِاقْتِضَاءِ) لِأَنَّ حُقُوقَ العَقْدِ تَرْجِعُ إِلَىٰ العَاقِدِ، فَلَا بُدَّ مِنْ تَوْكِيلِهِ وَتَوَكُّلِهِ كَيْ لَا يَضِيعَ حَقُّهُ. وَقَالَ فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: يُقَالُ لَهُ أَجِّلْ مَكَانَ قَوْلِهِ وَكِّلْ، وَالْمُرَادُ مِنْهُ الوَكَالَةُ وَعَلَىٰ هٰذَا سَائِرُ الوَكَالَاتِ وَالْبَيَّاعُ وَالسِّمْسَارُ

قوله: وَنَحْوِهَا، أي نحو العروض في حقِّ البيع بأن كان رأس المال دراهم والنقد دنانير أو على القلب وإن لم يكن في المال ربح وهو ديونٌ على الناس والمضارب يمتنع من الاقتضاء يقال له وكِّل الورثة في الاقتضاء.

قوله: وَالْمُتَبَرِّعُ لَا يُجْبَرُ عَلَىٰ إِيفَاءِ مَا تَبَرَّعَ بِهِ، لا يقال: أنه قد وجب رد رأس المال عليه على الصفة التي أخذ فينبغي أن يجبر على الاقتضاء حتى يكون الردّ بمثل ما أخذ، قلنا: الواجب رفع يده لا التسليم كالمودع فإذا أحال به أي وكله فقد أزال يده عنه وعلى هذا كل وكيل بالبيع إذا امتنع من التقاضي لا يجبر على التقاضي ولكن يجبر على أن يحيل ربّ المال بالثمن على المشتري وكذا المستبضع وأمّا الذي يبيع بالأجر كالبياع والسمسار فإنه يجعل بمنزلة الإجارة الصحيحة بحكم العادة فيجبر على التقاضي والاستيفاء لأنه وصل إليه بدل عمله وهو كالمضارب إذا كان في المال ربح.

قوله: وَتَوَكُّلِهِ، أي قبوله الوكالة، من: توكَّل، إذا قبل الوكالة، وإذا دفع الرجل إلى السمسار ألفَ درهمٍ وقال: اشترِ بِها لي رطبًا بأحد عشر درهمًا، فهذا فاسدٌ لأنه استأجر

يُجْبَرَانِ عَلَىٰ التَّقَاضِي لِأَنَّهُمَا يَعْمَلَانِ بِأَجْرٍ عَادَةً.

قَالَ: (وَمَا هَلَكَ مِنْ مَالِ المُضَارَبَةِ فَهُوَ مِنَ الرِّبْحِ دُونَ رَأْسِ المَالِ) لِأَنَّ الرِّبْحَ تَابِعٌ وَصَرْفُ الهَلَاكِ إِلَىٰ مَا هُوَ التَّبَعُ أَوْلَىٰ كَمَا يُصْرَفُ الهَلَاكُ إِلَىٰ العَفْوِ فِي الزَّكَاةِ (فَإِنْ زَادَ الهَالِكُ عَلَى الرِّبْحِ فَلَا ضَمَانَ عَلَى المُضَارِبِ) لِأَنَّهُ أَمِينٌ (وَإِنْ كَانَا يَقْتَسِمَانِ الرِّبْحَ وَالْمُضَارَبَةُ بِحَالِهَا ثُمَّ هَلَكَ المَالُ بَعْضُهُ أَوْ كُلُّهُ تَرَادَّا الرِّبْحَ حَتَّىٰ يَسْتَوْفِيَ رَبُّ المَالِ رَأْسَ المَالِ) لِأَنَّ قِسْمَةَ الرِّبْحِ لَا تَصِحُّ قَبْلَ اسْتِيفَاءِ رَأْسِ المَالِ لِأَنَّهُ هُوَ الأَصْلُ وَهٰذَا بِنَاءٌ عَلَيْهِ وَتَبَعٌ لَهُ، فَإِذَا هَلَكَ مَا فِي يَدِ المُضَارِبِ أَمَانَةً تَبَيَّنَ أَنَّ مَا اسْتَوْفَيَاهُ مِنْ رَأْسِ المَالِ، فَيَضْمَنُ المُضَارِبُ مَا

بعمل مجهولٍ، فالشراء قد يتمُّ بكلمةٍ واحدةٍ وقد لا يتمُّ بعشر كلمات، والحيلة في جواز هذا هو أن يستأجره يومًا إلى الليل بأجر معلوم ليبيع له وليشتري له، فهذا جازَ لأنَّ العقد يتناولُ منافعه ههنا وهو معلومٌ ببيان المدَّة، والأجيرُ قادرٌ علىٰ إيفاء المعقود عليه، ألا ترىٰ أنه لو أسْلَم نفسه إليه في جميع المدة استوجب الأجر وإن لم يتَّفق له بيعٌ أو شراءٌ، بخلاف الأول فإنَّ المعقود عليه هناك البيع والشراء، حتَّىٰ لا يجب الأجر بنفس التسليم إذا لم يقم العمل.

قوله: لِأَنَّ قِسْمَةَ الرِّبْحِ لَا تَصِحُّ قَبْلَ اسْتِيفَاءِ رَأْسِ المَالِ، لأنَّ الربح لا يتبيَّن قبل وصول رأس المال إلىٰ ربِّ المال.

قوله: لِأَنَّهُ هُوَ الأَصْلُ وَهٰذَا بِنَاءٌ عَلَيْهِ وَتَبَعٌ لَهُ، لتصوَّر رأس المال بدونه، وعدم تصوُّره بدون رأس المال.

اسْتَوْفَاهُ لِأَنَّهُ أَخَذَهُ لِنَفْسِهِ وَمَا أَخَذَهُ رَبُّ المَالِ مَحْسُوبٌ مِنْ رَأْسِ مَالِهِ (وَإِذَا اسْتَوْفَىٰ رَأْسَ المَالِ، فَإِنْ فَضَلَ شَيْءٌ كَانَ بَيْنَهُمَا لِأَنَّهُ رِبْحٌ وَإِنْ نَقَصَ فَلَا ضَمَانَ عَلَى المُضَارِبِ) لِمَا بَيَّنَّا (وَلَوِ اقْتَسَمَا الرِّبْحَ وَفَسَخَا المُضَارَبَةَ ثُمَّ عَقَدَاهَا فَهَلَكَ المَالُ لَمْ يَتَرَادَّا الرِّبْحَ الأَوَّلَ) لِأَنَّ المُضَارَبَةَ الأُولَىٰ قَدِ انْتَهَتْ وَالثَّانِيَةَ عَقْدٌ جَدِيدٌ، وَهَلَاكُ المَالِ فِي الثَّانِي لَا يُوجِبُ انْتِقَاضَ الأَوَّلِ كَمَا إِذَا دَفَعَ إِلَيْهِ مَالًا آخَرَ.

قوله: لِمَا بَيَّنَّا، أي لأنه أمينٌ، والله تعالىٰ أعلم.

* * *

فَصْلٌ فِيمَا يَفْعَلُهُ المُضَارِبُ

قَالَ: (وَيَجُوزُ لِلْمُضَارِبِ أَنْ يَبِيعَ بِالنَّقْدِ وَالنَّسِيئَةِ) لِأَنَّ كُلَّ ذٰلِكَ مِنْ صَنِيعِ التُّجَّارِ فَيَنْتَظِمُهُ إِطْلَاقُ العَقْدِ إِلَّا إِذَا بَاعَ إِلَىٰ أَجَلٍ لَا يَبِيعُ التُّجَّارُ إِلَيْهِ لِأَنَّ لَهُ الأَمْرَ العَامَّ المَعْرُوفَ بَيْنَ النَّاسِ، وَلِهٰذَا كَانَ لَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ دَابَّةً لِلرُّكُوبِ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ سَفِينَةً لِلرُّكُوبِ، وَلَهُ أَنْ يَسْتَكْرِيَهَا اعْتِبَارًا لِعَادَةِ التُّجَّارِ، وَلَهُ أَنْ يَأْذَنَ لِعَبْدِ المُضَارَبَةِ فِي التِّجَارَةِ

فصل فيما يفعله المضارب

قوله: وَيَجُوزُ لِلْمُضَارِبِ أَنْ يَبِيعَ بِالنَّقْدِ وَالنَّسِيئَةِ، وقال ابن أبي ليلىٰ: ليسَ له أن يبيع بالنسيئة لأنه يوجب قصر يده على المال والتصرُّف فيه فيضاد ما هو مقصودُ ربُّ المال وهو كالإقراض، ألا ترىٰ أنَّ البيع بالنسيئة يعتبر من الثلث وكان بمنزلة التبَرُّع، ولنا أنه من صنيع التجار وهو أقرب إلىٰ تحصيل مقصود ربِّ المال وهو الربح فإنه في الغالب إنَّما يحصل بالنسيئة، والدليلُ علىٰ أنَّ البيع نسيئةً تجارةٌ مطلقةٌ قوله تعالىٰ: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢] فالآية تدلُّ علىٰ أنَّ التجارة قد تكون غائبةً وليس ذلك إلا البيع بالنسيئة.

قوله: وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ سَفِينَةً لِلرُّكُوبِ، قيَّد بقوله: للركوب، لأنَّ له شراءُ السفينة للبيع إذا لم يخصَّ له ربُّ المال التجارة في شيءٍ بعينه.

فِي الرِّوَايَةِ المَشْهُورَةِ لِأَنَّهُ مِنْ صَنِيعِ التُّجَّارِ. وَلَوْ بَاعَ بِالنَّقْدِ ثُمَّ أَخَّرَ الثَّمَنَ جَازَ بِالْإِجْمَاعِ، أَمَّا عِنْدَهُمَا فَلِأَنَّ الوَكِيلَ يَمْلِكُ ذٰلِكَ فَالْمُضَارِبُ أَوْلَىٰ، إِلَّا أَنَّ المُضَارِبَ لَا يَضْمَنُ لِأَنَّ لَهُ أَنْ يُقَايِلَ ثُمَّ يَبِيعَ نَسِيئَةً، وَلَا كَذٰلِكَ الوَكِيلُ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ ذٰلِكَ. وَأَمَّا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ فَلِأَنَّهُ يَمْلِكُ الإِقَالَةَ ثُمَّ البَيْعَ بِالنَّسَاءِ. بِخِلَافِ الوَكِيلِ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ الإِقَالَةَ.

قوله: فِي الرِّوَايَةِ المَشْهُورَةِ، احترَز به عمَّا روى ابن رستم عن محمد رحمهما الله تعالىٰ أنه لا يملك الإذن في التجارة.

قوله: أَمَّا عِنْدَهُمَا، أي عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالىٰ.

قوله: فَالْمُضَارِبُ أَوْلَىٰ، لأنَّ ولاية المضارب أعمُّ لأنه شريكٌ في الربح، أو بعرضة أن يصير شريكًا.

قوله: إِلَّا أَنَّ المُضَارِبَ لَا يَضْمَنُ، فيه إشارة إلىٰ أنَّ الوكيل يضمن.

قوله: وَأَمَّا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ فَلِأَنَّهُ - أي فلأنَّ المضارب - يَمْلِكُ الإِقَالَةَ ثُمَّ البَيْعَ بِالنَّسَاءِ. بِخِلَافِ الوَكِيلِ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ، أي البيع بالنساء بعد الإقالة ولا يملك الإقالة أيضًا عند أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ، فلم يمكن أن يجعل تأجيله الثمن بمنزلة الإقالة والبيع بالنسيئة بعدها، وتقريره أنَّ المضارب لمَّا كان يملك الإقالة والبيعَ بالنساء بواسطة الإقالة أمْكَن جعله بائعًا ابتداءً بالنسيئة، بخلاف الوكيل فإنَّه لمَّا لم يملك البيعَ بالنسيئة بواسطة الإقالة لم يمكن جعله بائعًا ابتداءً، فإن قيل: ينبغي أن لا يكون للمضارب البيعَ بالنسيئة لأنَّ ذلك يوجب قصر يده عن مال المضاربة والتصرُّف فيه فيكون ضدًّا لِمَا هو مقصود ربِّ المال فيكون بمنزلة الأقراض، ألا ترىٰ أنَّ البيع بالنسيئة من المريض يعتبر من الثُّلث، وهذا قولُ ابن أبي ليلىٰ، قلنا: البيعُ بالنسيئة من صنيع التجار

(وَلَوِ احْتَالَ بِالثَّمَنِ عَلَى الأَيْسَرِ أَوِ الأَعْسَرِ جَازَ) لِأَنَّ الحَوَالَةَ مِنْ عَادَةِ التُّجَّارِ، بِخِلَافِ الوَصِيِّ يَحْتَالُ بِمَالِ اليَتِيمِ حَيْثُ يُعْتَبَرُ فِيهِ الأَنْظَرُ، لِأَنَّ تَصَرُّفَهُ مُقَيَّدٌ بِشَرْطِ النَّظَرِ، وَالْأَصْلُ أَنَّ مَا يَفْعَلُهُ المُضَارِبُ ثَلَاثَةُ أَنْوَاعٍ: نَوْعٌ يَمْلِكُهُ بِمُطْلَقِ المُضَارَبَةِ وَهُوَ مَا يَكُونُ مِنْ بَابِ المُضَارَبَةِ وَتَوَابِعِهَا وَهُوَ مَا ذَكَرْنَا، وَمِنْ جُمْلَتِهِ التَّوْكِيلُ بِالْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ لِلْحَاجَةِ إِلَيْهِ وَالرَّهْنُ وَالِارْتِهَانُ لِأَنَّهُ إِيفَاءٌ وَاسْتِيفَاءٌ وَالْإِجَارَةُ وَالِاسْتِئْجَارُ وَالْإِيدَاعُ وَالْإِبْضَاعُ وَالْمُسَافَرَةُ عَلَىٰ مَا ذَكَرْنَاهُ مِنْ قَبْلُ. وَنَوْعٌ لَا يَمْلِكُهُ بِمُطْلَقِ العَقْدِ وَيَمْلِكُهُ إِذَا قِيلَ لَهُ اعْمَلْ بِرَأْيِك، وَهُوَ مَا يَحْتَمِلُ أَنْ يَلْحَقَ بِهِ فَيَلْحَقَ عِنْدَ وُجُودِ الدَّلَالَةِ، وَذٰلِكَ مِثْلُ دَفْعِ المَالِ مُضَارَبَةً أَوْ شَرِكَةً إِلَىٰ غَيْرِهِ وَخَلْطِ مَالِ المُضَارَبَةِ بِمَالِهِ أَوْ بِمَالِ غَيْرِهِ لِأَنَّ رَبَّ المَالِ رَضِيَ بِشَرِكَتِهِ لَا بِشَرِكَةِ غَيْرِهِ، وَهُوَ أَمْرٌ عَارِضٌ لَا يَتَوَقَّفُ عَلَيْهِ التِّجَارَةُ فَلَا يَدْخُلُ تَحْتَ مُطْلَقِ العَقْدِ وَلٰكِنَّهُ جِهَةٌ فِي التَّثْمِيرِ، فَمِنْ

وهو أَقْرَبُ إلىٰ تحصيل المقصود وهو الرِّبح فالربح في الغالب إنَّما يحصل بالبيع بالنسيئة دون النقد، ولأنه مأذونٌ في التجارة مطلقًا وهذا من التجارة.

قوله: وَلَوِ احْتَالَ بِالثَّمَنِ، أي قبل الحوالة بأن باع المضارب وأجل بالثمن جاز سواءٌ كان المحتال عليه أَيْسَر في استيفاء الثمن أو أَعْسَر.

قوله: وَتَوَابِعِهَا، الإيداع والإبضاع.

قوله: وَمِنْ جُمْلَتِهِ، أي ومن جملةِ باب المضاربة.

هٰذَا الوَجْهِ يُوَافِقُهُ فَيَدْخُلُ فِيهِ عِنْدَ وُجُودِ الدَّلَالَةِ وَقَوْلُهُ اعْمَلْ بِرَأْيِك دَلَالَةٌ عَلَىٰ ذٰلِكَ. وَنَوْعٌ لَا يَمْلِكُهُ بِمُطْلَقِ العَقْدِ وَلَا بِقَوْلِهِ اعْمَلْ بِرَأْيِكَ إِلَّا أَنْ يَنُصَّ عَلَيْهِ رَبُّ المَالِ وَهُوَ الِاسْتِدَانَةُ، وَهُوَ أَنْ يَشْتَرِيَ بِالدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ بَعْدَمَا اشْتَرَىٰ بِرَأْسِ المَالِ السِّلْعَةَ وَمَا أَشْبَهَ ذٰلِكَ لِأَنَّهُ يَصِيرُ المَالُ زَائِدًا عَلَىٰ مَا انْعَقَدَ عَلَيْهِ المُضَارَبَةُ وَلَا يَرْضَىٰ بِهِ وَلَا يَشْغَلُ ذِمَّتَهُ

قوله: وَهُوَ الِاسْتِدَانَةُ، وَهُوَ أَنْ يَشْتَرِيَ بِالدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ بَعْدَمَا اشْتَرَىٰ بِرَأْسِ المَالِ السِّلْعَةَ، لأنَّ الاستدانة تصرُّف بغير رأس المال والتوكيلُ مقيَّدٌ برأس المال فلا يملكها المضارب إلَّا بالتنصيص عليه، وعند التنصيص عليه يعتبر هذا التصرف بنفسه فيصيرُ بمنزلة شركة الوجوه ولا يكون مضاربةً، إذ ليسَ لواحدٍ منهما فيه رأس المال فيكون المشترى بينهما نصفين والدَّين عليهما نصفين ولا يتغيَّر موجب المضاربة، لأنَّ هذه شركة وجوهٍ ضمَّت إلى المضاربة فلم يتغيَّر موجب المضاربة، وكان الربح الحاصل من مال المضاربة علىٰ ما اشترطا.

قوله: وَمَا أَشْبَهَ ذٰلِكَ، أي من أنواع الاستدانة، كما إذا اشترىٰ سلعةً بأكثر من مال المضاربة وهو الألف مثلاً كانت حصة الألف للمضاربة، وما زاد فللمضارب له ربحه وعليه وضيعته والمال دينٌ عليه لأنَّ الاستدانة نفذت عليه خاصَّةً، وممَّا أشبهه أيضًا استيجار الدواب لنقل الأمتعة بعد ما اشترىٰ برأس المال، وكذا الاستدانةُ لقصارة الثياب، وممَّا أشبهه أيضًا أنَّ رأس المال لو كان ألف درهمٍ فليسَ له أن يشتري بالمكيل والموزون والمعدود لأنه اشترىٰ بغير رأس المال فكان هذا استدانةً فلا ينفذ على المضاربة، أمَّا لو كان في يده دراهم وشرىٰ بدنانير نفذ على المضاربة استحسانًا لأنَّهما كالجنس الواحد في الثمنية، فصار كما لو كان ذلك الجنس في يده والقول وما زاد فللمضارب له ربحه

بِالدَّيْنِ، وَلَوْ أَذِنَ لَهُ رَبُّ المَالِ بِالِاسْتِدَانَةِ صَارَ المُشْتَرَىٰ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ بِمَنْزِلَةِ شَرِكَةِ الوُجُوهِ وَأَخْذَ السَّفَاتِجَ لِأَنَّهُ نَوْعٌ مِنَ الِاسْتِدَانَةِ، وَكَذَا إِعْطَاؤُهَا لِأَنَّهُ إِقْرَاضٌ وَالْعِتْقُ بِمَالٍ وَبِغَيْرِ مَالٍ وَالْكِتَابَةُ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِتِجَارَةٍ وَالْإِقْرَاضُ وَالْهِبَةُ وَالصَّدَقَةُ لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ مَحْضٌ.

قَالَ: (وَلَا يُزَوِّجُ عَبْدًا وَلَا أَمَةً مِنْ مَالِ المُضَارَبَةِ) وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يُزَوِّجُ الأَمَةَ لِأَنَّهُ مِنْ بَابِ الِاكْتِسَابِ؛ أَلَا تَرَىٰ أَنَّهُ يَسْتَفِيدُ بِهِ المَهْرَ وَسُقُوطَ النَّفَقَةِ. وَلَهُمَا أَنَّهُ لَيْسَ بِتِجَارَةٍ وَالْعَقْدُ لَا يَتَضَمَّنُ إِلَّا التَّوْكِيلَ بِالتِّجَارَةِ وَصَارَ كَالْكِتَابَةِ وَالْإِعْتَاقِ عَلَىٰ مَالٍ فَإِنَّهُ اكْتِسَابٌ، وَلٰكِنْ لَمَّا لَمْ يَكُنْ تِجَارَةً لَا يَدْخُلُ تَحْتَ المُضَارَبَةِ فَكَذَا هٰذَا.

قَالَ: (فَإِنْ دَفَعَ شَيْئًا مِنْ مَالِ المُضَارَبَةِ إِلَىٰ رَبِّ المَالِ بِضَاعَةً فَاشْتَرَىٰ رَبُّ المَالِ وَبَاعَ فَهُوَ عَلَى المُضَارَبَةِ) وَقَالَ زُفَرُ: تَفْسُدُ المُضَارَبَةُ لِأَنَّ رَبَّ المَالِ مُتَصَرِّفٌ فِي مَالِ نَفْسِهِ فَلَا يَصْلُحُ وَكِيلًا فِيهِ فَيَصِيرُ مُسْتَرِدًّا

وعليه وضيعته والدين عليه، لا يقال: هذا يؤدي إلىٰ خلط مال المضاربة بمال نفسه، لأنَّ الاختلاط إنَّما يثبت حكمًا لشرائه بالمالين لا بفعل من قبله فلا يعدُّ خلافًا، وعلىٰ تقدير قوله: اعمل برأيك، لا يحتاج إلىٰ هذا العذر فإنه يملك الخلط.

قوله: فَإِنْ دَفَعَ شَيْئًا مِنْ مَالِ المُضَارَبَةِ إِلَىٰ رَبِّ المَالِ بِضَاعَةً فَاشْتَرَىٰ رَبُّ المَالِ وَبَاعَ فَهُوَ عَلَى المُضَارَبَةِ، لا يتفاوت الحكم بين أن يكون المدفوع إلىٰ رب المال بعض مال المضاربة أو كله.

وَلِهٰذَا لَا تَصِحُّ إِذَا شَرَطَ العَمَلَ عَلَيْهِ ابْتِدَاءً. وَلَنَا أَنَّ التَّخْلِيَةَ فِيهِ قَدْ تَمَّتْ وَصَارَ التَّصَرُّفُ حَقًّا لِلْمُضَارِبِ فَيَصْلُحُ رَبُّ المَالِ وَكِيلًا عَنْهُ فِي التَّصَرُّفِ وَالْإِبْضَاعُ تَوْكِيلٌ مِنْهُ فَلَا يَكُونُ اسْتِرْدَادًا، بِخِلَافِ شَرْطِ العَمَلِ عَلَيْهِ فِي الِابْتِدَاءِ لِأَنَّهُ يَمْنَعُ التَّخْلِيَةَ، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا دَفَعَ المَالَ إِلَىٰ رَبِّ المَالِ مُضَارَبَةً حَيْثُ لَا يَصِحُّ لِأَنَّ المُضَارَبَةَ تَنْعَقِدُ شَرِكَةً عَلَىٰ مَالِ رَبِّ المَالِ وَعَمَلِ المُضَارِبِ وَلَا مَالَ هَاهُنَا، فَلَوْ جَوَّزْنَاهُ يُؤَدِّي إِلَىٰ قَلْبِ المَوْضُوعِ، وَإِذَا لَمْ تَصِحَّ بَقِيَ عَمَلُ رَبِّ المَالِ بِأَمْرِ المُضَارِبِ فَلَا تَبْطُلُ بِهِ المُضَارَبَةُ الأُولَىٰ.

قَالَ: (وَإِذَا عَمِلَ المُضَارِبُ فِي المِصْرِ فَلَيْسَتْ نَفَقَتُهُ فِي المَالِ، وَإِنْ

قوله: وَالْإِبْضَاعُ تَوْكِيلٌ مِنْهُ فَلَا يَكُونُ اسْتِرْدَادًا، فإن قيل: تفسير الإبضاع أن يكون المال للمبضع والعمل من الآخر، وههنا ليسَ للمبضع مالٌ فلم يصر بضاعةً لعدم ركنه، قلنا: لا نسلم أنَّ تفسيره ذلك بل تفسير الإبضاع هو الاستعانة وربُّ المال يصلح معينًا لأنه أشفقُ الناس إليه تصرُّفًا فلمَّا صحَّ استعانة المضارب بالأجنبيِّ أَوْلىٰ أن تصحَّ استعانته برب المال، فإن قيل: الأجنبيُّ يصلح معينًا للمضارب لأنه عاملٌ في مالِ غيره بأمره وربُّ المال يعمل فيما هو مالٌ له فلا يصلح معينًا، ألا ترىٰ أنَّ من استأجر خياطًا ليخيط له ثوبًا واستعان الأجيرَ بالمستأجر في الخياطة فعمل المستأجرِ وهو الخياطة لا يتحوَّل إلى الأجير حتَّىٰ لا يقضىٰ له بالأجرة، فعلىٰ هذا ينبغي أن لا يكون للمضارب من هذا الربح نصيبٌ، قلنا: في المضاربة معنى الإجارة والشركة جميعًا، ومعنى الشركة فيها راجحٌ حتى جازت من غير توقيتٍ وكانت العبرة للشركة دون الإجارة، وفي الشركة يجوز أن يستوجب أحد الشريكين بعض الربح بعمل صاحبه وإن لم يعمل بنفسه.

سَافَرَ فَطَعَامُهُ وَشَرَابُهُ وَكِسْوَتُهُ وَرُكُوبُهُ) وَمَعْنَاهُ شِرَاءٌ وَكِرَاءٌ فِي المَالِ. وَوَجْهُ الفَرْقِ أَنَّ النَّفَقَةَ تَجِبُ بِإِزَاءِ الِاحْتِبَاسِ كَنَفَقَةِ القَاضِي وَنَفَقَةِ المَرْأَةِ، وَالْمُضَارِبُ فِي المِصْرِ سَاكِنٌ بِالسُّكْنَى الأَصْلِيِّ، وَإِذَا سَافَرَ صَارَ مَحْبُوسًا بِالْمُضَارَبَةِ فَيَسْتَحِقُّ النَّفَقَةَ فِيهِ، وَهٰذَا بِخِلَافِ الأَجِيرِ لِأَنَّهُ يَسْتَحِقُّ البَدَلَ لَا مَحَالَةَ فَلَا يَتَضَرَّرُ بِالْإِنْفَاقِ مِنْ مَالِهِ، أَمَّا المُضَارِبُ فَلَيْسَ لَهُ إِلَّا الرِّبْحُ وَهُوَ فِي حَيِّزِ التَّرَدُّدِ، فَلَوْ أَنْفَقَ مِنْ مَالِهِ يَتَضَرَّرُ بِهِ، وَبِخِلَافِ المُضَارَبَةِ الفَاسِدَةِ لِأَنَّهُ أَجِيرٌ، وَبِخِلَافِ البِضَاعَةِ لِأَنَّهُ مُتَبَرِّعٌ.

قَالَ: (فَإِنْ بَقِيَ شَيْءٌ فِي يَدِهِ بَعْدَمَا قَدِمَ مِصْرَهُ رَدَّهُ فِي المُضَارَبَةِ) لِانْتِهَاءِ الِاسْتِحْقَاقِ، وَلَوْ كَانَ خُرُوجُهُ دُونَ السَّفَرِ فَإِنْ كَانَ بِحَيْثُ يَغْدُو ثُمَّ يَرُوحُ فَيَبِيتُ بِأَهْلِهِ فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ السُّوقِيِّ فِي المِصْرِ، وَإِنْ كَانَ بِحَيْثُ لَا يَبِيتُ بِأَهْلِهِ فَنَفَقَتُهُ فِي مَالِ المُضَارَبَةِ لِأَنَّ خُرُوجَهُ لِلْمُضَارَبَةِ، وَالنَّفَقَةُ هِيَ مَا يُصْرَفُ إِلَى الحَاجَةِ الرَّاتِبَةِ وَهُوَ مَا ذَكَرْنَا، ....

قوله: وَهٰذَا بِخِلَافِ الأَجِيرِ، أي لا يستحقُّ النفقة وإن سافرَ.

قوله: فَإِنْ بَقِيَ شَيْءٌ، أي من الثياب أو الطعام أو غيره.

قوله: لِانْتِهَاءِ الِاسْتِحْقَاقِ، أي بالرجوع إلىٰ مصره كالحاجِّ عن الغير إذا بقي شيءٌ من النفقة في يده بعد رجوعه، وكالمولىٰ إذا بوَّأ أمته مع زوجها بيتًا ثمَّ نقلها للخدمة وقد بقي من النفقة شيءٌ كان للزوج أن يستردَّ ذلك منها.

قوله: وَهُوَ مَا ذَكَرْنَا، أرادَ الطعامَ والشرابَ والكسوةَ وغيرها علىٰ ما تقدَّم.

وَمِنْ ذٰلِكَ غَسْلُ ثِيَابِهِ وَأُجْرَةُ أَجِيرٍ يَخْدُمُهُ وَعَلَفُ دَابَّةٍ يَرْكَبُهَا وَالدُّهْنُ فِي مَوْضِعٍ يَحْتَاجُ إِلَيْهِ عَادَةً كَالْحِجَازِ، وَإِنَّمَا يُطْلَقُ فِي جَمِيعِ ذٰلِكَ بِالْمَعْرُوفِ حَتَّىٰ يَضْمَنَ الفَضْلَ إِنْ جَاوَزَهُ اعْتِبَارًا لِلْمُتَعَارَفِ بَيْنَ التُّجَّارِ.

قَالَ: (وَأَمَّا الدَّوَاءُ فَفِي مَالِهِ) فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ يَدْخُلُ فِي النَّفَقَةِ لِأَنَّهُ لِإِصْلَاحِ بَدَنِهِ وَلَا يَتَمَكَّنُ مِنَ التِّجَارَةِ إِلَّا بِهِ فَصَارَ كَالنَّفَقَةِ، وَجْهُ الظَّاهِرِ أَنَّ الحَاجَةَ إِلَىٰ النَّفَقَةِ مَعْلُومَةُ الوُقُوعِ وَإِلَىٰ الدَّوَاءِ بِعَارِضِ المَرَضِ، وَلِهٰذَا كَانَتْ نَفَقَةُ المَرْأَةِ عَلَىٰ الزَّوْجِ وَدَوَاؤُهَا فِي مَالِهَا.

قَالَ: (وَإِذَا رَبِحَ أَخَذَ رَبُّ المَالِ مَا أَنْفَقَ مِنْ رَأْسِ المَالِ، فَإِنْ بَاعَ المَتَاعَ

قوله: وَمِنْ ذٰلِكَ غَسْلُ ثِيَابِهِ، وفى الفوائد الظهيرية: وما يحتاجُ إليه في غسل الثياب وأجرة الحمام والحلّاق في مال المضاربة كان ينبغي أن لا يجبَ في مال المضاربة، لأنَّ هذا ممَّا لا يحتاج إليه في عموم الأوْقات والنفقةُ ممَّا لا بُدَّ للإنسان منه في عموم الأوْقات فيجبُ أن لا يكون واجبًا كأجرة الحجَّام والفصَّاد، إلا أنَّا نقول: أوْجَبناه في مال المضاربة لأنه من صنيع التجار فإنَّهم يحلقون رؤوسهم، ويقصون شواربَهم، وينقون ثيابَهم لتزداد رغبات الناس في مبايعتهم ومعاملتهم، فإنَّ الإنسانَ متىٰ كان طويلَ الشعر وسيخَ الثياب كان في عداد المفاليس والصَّعاليك، فيقلُّ معاملوه فصار أجرة الحمَّام والحلَّاق من جملة النفقة، وكذلك ثمن الحُرُض والصَّابون.

قوله: وَأُجْرَةُ أَجِيرٍ يَخْدُمُهُ، أي يخبز، أو يطبخ، أو يغسل الثياب.

قوله: أَخَذَ رَبُّ المَالِ مَا أَنْفَقَ مِنْ رَأْسِ المَالِ، أي أخذ ربُّ المال من الربح ما أنفق

مُرَابَحَةً حَسَبَ مَا أَنْفَقَ عَلَى المَتَاعِ مِنَ الحِمْلَانِ وَنَحْوِهِ، وَلَا يَحْتَسِبُ مَا أَنْفَقَ عَلَىٰ نَفْسِهِ) لِأَنَّ العُرْفَ جَارٍ بِإِلْحَاقِ الأَوَّلِ دُونَ الثَّانِي، وَلِأَنَّ الأَوَّلَ يُوجِبُ زِيَادَةً فِي المَالِيَّةِ بِزِيَادَةِ القِيمَةِ وَالثَّانِيَ لَا يُوجِبُهَا.

قَالَ: (فَإِنْ كَانَ مَعَهُ أَلْفٌ فَاشْتَرَىٰ بِهَا ثِيَابًا فَقَصَّرَهَا أَوْ حَمَلَهَا بِمِائَةٍ مِنْ عِنْدِهِ وَقَدْ قِيلَ لَهُ اعْمَلْ بِرَأْيِكَ فَهُوَ مُتَطَوِّعٌ) لِأَنَّهُ اسْتِدَانَةٌ عَلَىٰ رَبِّ المَالِ فَلَا يَنْتَظِمُهُ هٰذَا المَقَالُ عَلَىٰ مَا مَرَّ (وَإِنْ صَبَغَهَا أَحْمَرَ فَهُوَ شَرِيكٌ بِمَا زَادَ الصَّبْغُ فِيهِ وَلَا يَضْمَنُ) لِأَنَّهُ عَيْنُ مَالٍ قَائِمٍ بِهِ حَتَّىٰ إِذَا بِيعَ كَانَ لَهُ حِصَّةُ الصَّبْغِ وَحِصَّةُ الثَّوْبِ الأَبْيَضِ عَلَى المُضَارَبَةِ بِخِلَافِ القِصَارَةِ

المضارب من رأس المال تتميمًا لرأس ماله.

قوله: حَسَبَ مَا أَنْفَقَ عَلَى المَتَاعِ مِنَ الحِمْلَانِ وَنَحْوِهِ، كأجرة السِّمسار والقصار والصباغ، يريدُ بِهذا أنَّ ما أنْفَق على المتاع يضمُّ إلىٰ رأس المال ويبيع مرابحةً على الكلِّ، حتى لو اشتراه بألف درهم واستأجر دواب تحمله إلىٰ مصره بمائة درهمٍ فإنه يبيعه مرابحةً بألفٍ ومائةٍ ولكن لا يقول: اشتريته بألفٍ ومائةٍ، بل يقول: قام عليَّ بكذا.

قوله: وَإِنْ صَبَغَهَا أَحْمَرَ، التخصيصُ بالحمرة لأنَّ السواد نقصانٌ عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، فأمَّا سائر الألوان فمثل الحمرة.

قوله: لِأَنَّهُ عَيْنُ مَالٍ قَائِمٍ بِهِ، ولهذا إذا فعله الغاصب ضاعَ ولا يضيع إذا صبغ المغصوب، يعني إذا قصر الغاصبُ ثوبَ إنسانٍ بغير إذنه فازدادت قيمته بقصارته كان للمالك أن يأخذ ثوبه مجانًا بغير عوضٍ، وأمَّا إذا كان الغاصب صبغه أحمر أو أصفر لم يكن للمالك أن يأخذَ ثوبه مجانًا بل يتخيَّر ربُّ الثوب إن شاء أخذ الثوب وأعطاه قيمة

وَالْحَمْلِ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِعَيْنِ مَالٍ قَائِمٍ بِهِ، وَلِهٰذَا إذَا فَعَلَهُ الغَاصِبُ ضَاعَ وَلَا يَضِيعُ إذَا صَبَغَ المَغْصُوبَ، وَإِذَا صَارَ شَرِيكًا بِالصَّبْغِ انْتَظَمَهُ قَوْلُهُ اعْمَلْ بِرَأْيِكَ انْتِظَامَهُ الخُلْطَةَ فَلَا يَضْمَنُهُ.

ما زاد الصبغ فيه يوم الخصومة لا يوم الاتصال بثوبه، وإن شاء ضمنه جميع قيمة الثوب الأبيض يوم صبغه وترك الثوب عليه.

قوله: انْتِظَامَهُ الخُلْطَةَ، يعني قوله: اعمل برأيكَ، ينتظم الخلطَ فإنه يملكُ بِهذا اللفظَ إثبات الشركة بالخلط لأنه يحتمل أن يحصل الربح بِهذا السبب فكذا ينتظم فعلَ الصبغ لأنَّ الصبغ عين مال قائم والصبغ خلط مال المضاربة بِهذا الصبغ، فإذا بيع الثوب يصير شريكًا في ثمنه بحصة ما زاد الصبغ فيه، بخلاف القصارة والحمل فإنه ليسَ بمالٍ قائمٍ حتى يصير شريكًا بالخلط فكان استدانةً علىٰ ربِّ المال وإنه لا يملك الاستدانة بقوله: اعمل برأيكَ، والله تعالىٰ أعلم.

❊ ❊ ❊

فَصْلٌ آخَرُ: إِنْ كَانَ مَعَ المُضَارِبِ أَلْفٌ بِالنِّصْفِ فَاشْتَـرَى بِها بَزًّا فَبَاعَهَا بِأَلْفَيْنِ

قَالَ: (فَإِنْ كَانَ مَعَهُ أَلْفٌ بِالنِّصْفِ فَاشْتَرَىٰ بِهَا بَزًّا فَبَاعَهُ بِأَلْفَيْنِ ثُمَّ اشْتَرَىٰ بِالْأَلْفَيْنِ عَبْدًا فَلَمْ يَنْقُدْهُمَا حَتَّىٰ ضَاعَا يَغْرَمُ رَبُّ المَالِ أَلْفًا وَخَمْسَمِائَةٍ وَالْمُضَارِبُ خَمْسَمِائَةٍ وَيَكُونُ رُبْعُ العَبْدِ لِلْمُضَارِبِ وَثَلَاثَةُ أَرْبَاعِهِ عَلَى المُضَارَبَةِ) قَالَ: هٰذَا الَّذِي ذَكَرَهُ حَاصِلُ الجَوَابِ، لِأَنَّ الثَّمَنَ كُلَّهُ عَلَى المُضَارِبِ إِذْ هُوَ العَاقِدُ، إِلَّا أَنَّ لَهُ حَقَّ الرُّجُوعِ عَلَىٰ رَبِّ المَالِ بِأَلْفٍ وَخَمْسِمِائَةٍ عَلَىٰ مَا نُبَيِّنُ فَيَكُونُ عَلَيْهِ فِي الأُجْرَةِ. وَوَجْهُهُ أَنَّهُ لَمَّا نَضَّ المَالُ ظَهَرَ الرِّبْحُ وَلَهُ مِنْهُ وَهُوَ خَمْسُمِائَةٍ، فَإِذَا اشْتَرَىٰ بِالْأَلْفَيْنِ عَبْدًا صَارَ مُشْتَرِيًا رُبْعَهُ لِنَفْسِهِ وَثَلَاثَةَ أَرْبَاعِهِ لِلْمُضَارَبَةِ عَلَىٰ حَسَبِ انْقِسَامِ الأَلْفَيْنِ، وَإِذَا ضَاعَتْ الأَلْفَانِ وَجَبَ عَلَيْهِ الثَّمَنُ لِمَا بَيَّنَّاهُ، وَلَهُ الرُّجُوعُ بِثَلَاثَةِ أَرْبَاعِ الثَّمَنِ عَلَىٰ رَبِّ المَالِ لِأَنَّهُ وَكِيلٌ مِنْ جِهَتِهِ فِيهِ وَيَخْرُجُ نَصِيبُ المُضَارِبِ وَهُوَ الرُّبْعُ مِنَ المُضَارَبَةِ لِأَنَّهُ

فصل آخر: إن كان مع المضارب ألف بالنصف فاشترى بها بزًّا فباعها بألفين

قوله: هٰذَا الَّذِي ذَكَرَهُ حَاصِلُ الجَوَابِ، أشارَ إلىٰ قوله: يَغْرَمُ رَبُّ المَالِ، إلَّا أنه لا يغرم في الحال، إذ الثمن في الحال كله على المضارب لأنه هو العاقد.

مَضْمُونٌ عَلَيْهِ وَمَالُ المُضَارَبَةِ أَمَانَةٌ وَبَيْنَهُمَا مُنَافَاةٌ وَيَبْقَىٰ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ العَبْدِ عَلَىٰ المُضَارَبَةِ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِيهِ مَا يُنَافِي المُضَارَبَةَ (وَيَكُونُ رَأْسُ المَالِ أَلْفَيْنِ وَخَمْسَمِائَةٍ) لِأَنَّهُ دَفَعَ مَرَّةً أَلْفًا وَمَرَّةً أَلْفًا وَخَمْسَمِائَةٍ (وَلَا يَبِيعُهُ مُرَابَحَةً إِلَّا عَلَىٰ أَلْفَيْنِ) لِأَنَّهُ اشْتَرَاهُ بِأَلْفَيْنِ، وَيَظْهَرُ ذٰلِكَ فِيمَا إِذَا بِيعَ العَبْدُ بِأَرْبَعَةِ آلَافٍ فَحِصَّةُ المُضَارَبَةِ ثَلَاثَةُ آلَافٍ يَرْفَعُ رَأْسَ المَالِ وَيَبْقَىٰ خَمْسُمِائَةٍ رِبْحٌ بَيْنَهُمَا.

قوله: وَبَيْنَهُمَا مُنَافَاةٌ، أي بين كون الشيء مضمونًا وبين كونه أمانةً، لأنه لو لم يخرج نصيب المضارب من المضاربة يجتمع الضمان مع كونه أمانةً وهذا لا يجوز، نظيره ما إذا استهلك المضاربُ رأس المال، أو أنفقه، أو أعْطَاهُ رجلاً فاستهلكه لم يكن له أن يشتري عليه شيئًا لأنه صار مضمونًا عليه بالتعدِّي، ومن حكم المضارب أن يكون أمينًا، فإن أخذه من الذي استهلَكَ كان له أن يشتري على المضاربة، رواه الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالىٰ، لأنه أحدُ العوضين فصار بمنزلة الثَّمن، وروىٰ محمدٌ رحمه الله تعالىٰ أنَّ المضارب إذا أقْرَضه فإن رجعت إليه دراهمَ بعينها رجعت على المضاربة لأنه زالَ التعدي، وإن أخذ مثلها لم يرجع لأنَّ الضمان قد استقرَّ بِهلاك العين وحكم المضاربة لا يجتمع مع الضمان ويبقىٰ ثلاثة أرْبَاع العبد على المضارب، لأنه ليسَ فيه ما ينافي المضاربة لأنَّ ربَّ المال موكل وقرار الضمان إنَّما يكون على الموكل.

قوله: وَيَظْهَرُ ذٰلِكَ فِيمَا إِذَا بِيعَ العَبْدُ بِأَرْبَعَةِ آلَافٍ، فإنَّ المضارب يأخذ ألفًا لأنَّ ربع العبد كان له فيكون له ربع الثمن وهو الألف، فيبقىٰ ثلاثة آلافٍ يرفع منه رأس المال وهو ألفان وخمس مائةٍ ويبقىٰ خمس مائةٍ ربحًا يقسمانه علىٰ ما شرطا.

قَالَ: (وَإِنْ كَانَ مَعَهُ أَلْفٌ فَاشْتَرَىٰ رَبُّ المَالِ عَبْدًا بِخَمْسِمِائَةٍ وَبَاعَهُ إِيَّاهُ بِأَلْفٍ فَإِنَّهُ يَبِيعُهُ مُرَابَحَةً عَلَىٰ خَمْسِمِائَةٍ) لِأَنَّ هٰذَا البَيْعَ مَقْضِيٌّ بِجَوَازِهِ لِتَغَايُرِ المَقَاصِدِ دَفْعًا لِلْحَاجَةِ وَإِنْ كَانَ بَيعَ مِلْكُهُ بِمِلْكِهِ إِلَّا أَنَّ فِيهِ شُبْهَةَ العَدَمِ، وَمَبْنَى المُرَابَحَةِ عَلَى الأَمَانَةِ وَالِاحْتِرَازِ عَنْ شُبْهَةِ الخِيَانَةِ فَاعْتُبِرَ أَقَلُّ الثَّمَنَيْنِ، وَلَوِ اشْتَرَى المُضَارِبُ عَبْدًا بِأَلْفٍ وَبَاعَهُ مِنْ رَبِّ المَالِ بِأَلْفٍ وَمِائَتَيْنِ بَاعَهُ مُرَابَحَةً بِأَلْفٍ وَمِائَةٍ لِأَنَّهُ اُعْتُبِرَ عَدَمًا فِي حَقِّ نِصْفِ الرِّبْحِ وَهُوَ نَصِيبُ رَبِّ المَالِ وَقَدْ مَرَّ فِي البُيُوعِ.

قَالَ: (فَإِنْ كَانَ مَعَهُ أَلْفٌ بِالنِّصْفِ فَاشْتَرَىٰ بِهَا عَبْدًا قِيمَتُهُ أَلْفَانِ فَقَتَلَ العَبْدُ رَجُلًا خَطَأً فَثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ الفِدَاءِ عَلَىٰ رَبِّ المَالِ وَرُبْعُهُ عَلَى المُضَارِبِ) لِأَنَّ الفِدَاءَ مُؤْنَةُ المِلْكِ فَيُتَقَدَّرُ بِقَدْرِ المِلْكِ وَقَدْ كَانَ

قوله: فَاشْتَرَىٰ رَبُّ المَالِ، أي من أجنبيٍّ.

قوله: لِتَغَايُرِ المَقَاصِدِ، إذ مقصوده وصوله إلى الألف، ومقصود المضارب وصوله إلى المبيع.

قوله: لِأَنَّهُ اُعْتُبِرَ عَدَمًا، لأنه لم يزل العبد عن ملكه ولم يستفد ألفًا لم يكن في ملكه، ومبنى المرابحة على الأمانة والتحرُّز عن الخيانة فيكون البيع الثاني ملحقًا بالعدم في حقِّها فكأنه لم يوجد إلَّا البيع الأول.

قوله: وَقَدْ مَرَّ فِي البُيُوعِ، أي في باب المرابحة.

قوله: ظَهَرَ الرِّبْحُ، بدليل أنه يظهر في حقِّ العتق إذا كان قريبًا له ولو أعتقه ينفذ أيضـًا.

المِلْكُ بَيْنَهُمَا أَرْبَاعًا، لِأَنَّهُ لَمَّا صَارَ المَالُ عَيْنًا وَاحِدًا ظَهَرَ الرِّبْحُ وَهُوَ أَلْفٌ بَيْنَهُمَا وَأَلْفٌ لِرَبِّ المَالِ بِرَأْسِ مَالِهِ لِأَنَّ قِيمَتَهُ أَلْفَانِ، وَإِذَا فَدَيَا خَرَجَ العَبْدُ عَنِ المُضَارَبَةِ، أَمَّا نَصِيبُ المُضَارِبِ فَلِمَا بَيَّنَّاهُ، وَأَمَّا نَصِيبُ رَبِّ المَالِ فَلِقَضَاءِ القَاضِي بِانْقِسَامِ الفِدَاءِ عَلَيْهِمَا لِمَا أَنَّهُ يَتَضَمَّنُ قِسْمَةَ العَبْدِ بَيْنَهُمَا وَالْمُضَارَبَةُ تَنْتَهِي بِالْقِسْمَةِ، بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ لِأَنَّ جَمِيعَ الثَّمَنِ فِيهِ عَلَى المُضَارِبِ وَإِنْ كَانَ لَهُ حَقُّ الرُّجُوعِ فَلَا حَاجَةَ إِلَى القِسْمَةِ، وَلِأَنَّ العَبْدَ كَالزَّائِلِ عَنْ مِلْكِهِمَا بِالْجِنَايَةِ، وَدَفْعُ الفِدَاءِ كَابْتِدَاءِ الشِّرَاءِ فَيَكُونُ العَبْدُ بَيْنَهُمَا أَرْبَاعًا لَا عَلَى المُضَارَبَةِ يَخْدُمُ المُضَارِبَ يَوْمًا وَرَبَّ المَالِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ، بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ.

قَالَ: (فَإِنْ كَانَ مَعَهُ أَلْفٌ فَاشْتَرَىٰ بِهَا عَبْدًا فَلَمْ يَنْقُدْهَا حَتَّىٰ هَلَكَتْ يَدْفَعُ رَبُّ المَالِ ذٰلِكَ الثَّمَنَ وَرَأْسُ المَالِ جَمِيعُ مَا يَدْفَعُ إِلَيْهِ رَبُّ المَالِ) لِأَنَّ المَالَ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ وَلَا يَصِيرُ مُسْتَوْفِيًا، وَالِاسْتِيفَاءُ إِنَّمَا يَكُونُ بِقَبْضٍ مَضْمُونٍ وَحُكْمُ الأَمَانَةِ يُنَافِيهِ فَيَرْجِعُ مَرَّةً بَعْدَ أُخْرَىٰ،

قوله: بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ، ذكر في الفوائد الظهيرية: فرقٌ بين هذا وبين ما تقدَّم حيث لا يخرج هناك ما يخصُّ ربَّ المال عن المضاربة وهنا يخرج، والفرق أنَّ الواجب فيما تقدَّم ضمان التجارة، وضمان التجارة لا ينافي المضاربة، والواجب هنا ضمان الجناية، وضمان الجناية ليسَ من التجارة في شيءٍ فلا يبقىٰ على المضاربة.

قوله: فَيَرْجِعُ مَرَّةً بَعْدَ أُخْرَىٰ، لأنَّ الشراء لا يبطل بِهلاك الثمن فيبقىٰ موجبًا دين

بِخِلَافِ الوَكِيلِ إِذَا كَانَ الثَّمَنُ مَدْفُوعًا إِلَيْهِ قَبْلَ الشِّرَاءِ وَهَلَكَ بَعْدَ الشِّرَاءِ حَيْثُ لَا يَرْجِعُ إِلَّا مَرَّةً لِأَنَّهُ أَمْكَنَ جَعْلُهُ مُسْتَوْفِيًا، لِأَنَّ الوَكَالَةَ تُجَامِعُ الضَّمَانَ كَالْغَاصِبِ إِذَا تَوَكَّلَ بِبَيْعِ المَغْصُوبِ، ثُمَّ فِي الوَكَالَةِ فِي هٰذِهِ الصُّورَةِ يَرْجِعُ مَرَّةً، وَفِيمَا إِذَا اشْتَرَىٰ ثُمَّ دَفَعَ المُوَكِّلُ إِلَيْهِ المَالَ فَهَلَكَ لَا يَرْجِعُ لِأَنَّهُ ثَبَتَ لَهُ حَقُّ الرُّجُوعِ بِنَفْسِ الشِّرَاءِ فَجُعِلَ مُسْتَوْفِيًا بِالْقَبْضِ بَعْدَهُ، أَمَّا المَدْفُوعُ إِلَيْهِ قَبْلَ الشِّرَاءِ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ وَهُوَ قَائِمٌ عَلَىٰ الأَمَانَةِ بَعْدَهُ فَلَمْ يَصِرْ مُسْتَوْفِيًا، فَإِذَا هَلَكَ رَجَعَ عَلَيْهِ مَرَّةً ثُمَّ لَا يَرْجِعُ لِوُقُوعِ الِاسْتِيفَاءِ عَلَىٰ مَا مَرَّ.

الثمن عليه وهو عاملٌ لربِّ المال، فيستوجبُ عليه مثلَ ما وجبَ عليه من الدين في العمل، واستيفاء ذلك لا يقع بقبض هذه الألوف لأنَّ جميعها يصيرُ رأس مال المضاربة وقبض رأس المال قبض أمانةٍ، واستيفاء الدين إنَّما يكون بقبضٍ مضمونٍ وقبض الأمانة لا ينوبُ عن القبض المضمون، فلهذا يرجع إليه مرَّةً بعد أخرىٰ إلىٰ أن يسقط عنه الثمن بوصول الثمن إلى البائع، بخلاف الوكيل إذا كان الثمن مدفوعًا إليه قبل الشراء لا يرجعُ بالثمن إلا مرَّةً لأنَّ قبض الوكيل جاز اتصافه بالضمان والأمانة، كالغاصب إذا توكَّل ببيع المغصوب جاز ويكون مضمونًا عليه، حتَّىٰ لو هلك في يد الوكيل يجبُ الضمان، وإذا جاز اتصافه بالضمان ففي هذه الصورة يرجع مرَّةً لأنَّ ذلك القبض لمَّا سبق وجوب دين الثمن لم يكن بجهة الاستيفاء فلم يقع قبض ضمانٍ بل قبض أمانةٍ فلا يتحقَّق الاستيفاء فيكون له الرجوع مرَّةً للاستيفاء، وفيما إذا اشترىٰ ثمَّ دفع الموكل الثمن إليه هذا قبضُ استيفاءٍ لمَّا كان بعد وجوب الثمن ولا رجوعَ بعد الاستيفاء، والله تعالىٰ أعلم.

فَصْلٌ فِي الِاخْتِلَافِ

قَالَ: (وَإِنْ كَانَ مَعَ الْمُضَارِبِ أَلْفَانِ فَقَالَ دَفَعْتَ إِلَيَّ أَلْفًا وَرَبِحْتُ أَلْفًا وَقَالَ رَبُّ الْمَالِ لَا بَلْ دَفَعْتُ إِلَيْكَ أَلْفَيْنِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُضَارِبِ) وَكَانَ أَبُو حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - يَقُولُ أَوَّلًا الْقَوْلُ قَوْلُ رَبِّ الْمَالِ وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ، لِأَنَّ الْمُضَارِبَ يَدَّعِي عَلَيْهِ الشَّرِكَةَ فِي الرِّبْحِ وَهُوَ يُنْكِرُ وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُنْكِرِ، ثُمَّ رَجَعَ إِلَىٰ مَا ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ لِأَنَّ الِاخْتِلَافَ فِي الْحَقِيقَةِ فِي مِقْدَارِ الْمَقْبُوضِ وَفِي مِثْلِهِ الْقَوْلُ قَوْلُ الْقَابِضِ ضَمِينًا كَانَ أَوْ أَمِينًا لِأَنَّهُ أَعْرَفُ بِمِقْدَارِ الْمَقْبُوضِ، وَلَوِ اخْتَلَفَا مَعَ ذَٰلِكَ فِي مِقْدَارِ الرِّبْحِ فَالْقَوْلُ فِيهِ لِرَبِّ الْمَالِ لِأَنَّ الرِّبْحَ يُسْتَحَقُّ بِالشَّرْطِ وَهُوَ

فصل في الاختلاف

قوله: لِأَنَّ الِاخْتِلَافَ فِي الْحَقِيقَةِ فِي مِقْدَارِ الْمَقْبُوضِ وَفِي مِثْلِهِ الْقَوْلُ قَوْلُ الْقَابِضِ، أي في مثل هذا الاختلاف، وهو الاختلاف في مقدار المقبوض، القولُ قولُ القابض، احترز به عمّا لو وقع الاختلاف في صفة المقبوض من كونه قرضًا، أو وديعةً، أو بضاعةً فالقولُ فيه قولُ ربِّ المال.

قوله: وَلَوِ اخْتَلَفَا مَعَ ذَٰلِكَ فِي مِقْدَارِ الرِّبْحِ، أي لو اختلفا في مقدار المشروط من الربح مع الاختلاف في رأس المال، صورته ما ذكر في الإيضاح: وإذا اختلف ربُّ المال

يُسْتَفَادُ مِنْ جِهَتِهِ، وَأَيُّهُمَا أَقَامَ البَيِّنَةَ عَلَىٰ مَا ادَّعَىٰ مِنْ فَضْلٍ قُبِلَتْ لِأَنَّ البَيِّنَاتِ لِلْإِثْبَاتِ.

قَالَ: (وَمَنْ كَانَ مَعَهُ أَلْفُ دِرْهَمٍ فَقَالَ هِيَ مُضَارَبَةٌ لِفُلَانٍ بِالنِّصْفِ وَقَدْ رَبِحَ أَلْفًا وَقَالَ فُلَانٌ هِيَ بِضَاعَةٌ فَالْقَوْلُ قَوْلُ رَبِّ المَالِ) لِأَنَّ المُضَارِبَ يَدَّعِي عَلَيْهِ تَقْوِيمَ عَمَلِهِ أَوْ شَرْطًا مِنْ جِهَتِهِ أَوْ يَدَّعِي الشَّرِكَةَ وَهُوَ يُنْكِرُ، (وَلَوْ قَالَ المُضَارِبُ أَقْرَضْتنِي وَقَالَ رَبُّ المَالِ هُوَ بِضَاعَةٌ أَوْ وَدِيعَةٌ فَالْقَوْلُ لِرَبِّ المَالِ وَالْبَيِّنَةُ بَيِّنَةُ المُضَارِبِ)، لِأَنَّ المُضَارِبَ يَدَّعِي

والمضاربُ في رأس المال والربح فقال ربُّ المال: رأس المال ألفان وشرطتُ لك ثلث الربح، وقال المضاربُ: رأس المال ألفٌ وشرطتَ ليَ النصفَ، فالقولُ قولُ المضارب في قدر رأس المال، والقولُ قولُ ربُّ المال فيما شرط من الربح، لأنه يستفاد بشرطه وهو منكرٌ للشرط، وأيُّهما أقاما البينة على ما ادَّعىٰ من فضل قبلت بينته لأنَّ رب المال يدَّعي فضلاً في رأس المال والمضاربُ يدَّعي فضلاً في الربح والبينات شرعت للإثبات، وفي الأوضح: قال الإمام رضي الدين رحمه الله تعالىٰ: رأيتُ في بعض نُسخ شروح الأصل أنَّ البينةَ بينةُ المضارب، إذ هيَ المثبتة، إذ الملك ثابتٌ لربِّ المال في كل قدرٍ لا يقوم عليه الحجة للمضارب، لكون البعض رأس المال وكون البعض نماء رأس ماله فلا يكون الثبوتُ فيه بالبينة، ولو قال المضارب: أقرضتَني، وقال ربُّ المال: هو بضاعةٌ، أو وديعةٌ، أو مضاربةٌ، فالقول لربّ المال والبينة بينة المضارب، وفي عكسه بأن ادَّعىٰ ربُّ المال القرضَ وادَّعى المضارب المضاربةَ فالبينةُ هناك بينة رب المال والقول قول المضارب، لأنَّ ربَّ المال لمَّا ادَّعى القرضَ والمضاربُ المضاربةَ قد اتفقا علىٰ أنَّ الأخذَ كان بإذنٍ وربُّ المال يدَّعي ضمانًا وهو ينكر، فكان القول قوله والبينة بينة ربُّ المال، لأنه مُدَّعٍ

عَلَيْهِ التَّمَلُّكَ وَهُوَ يُنْكِرُ. (وَلَوِ ادَّعَىٰ رَبُّ المَالِ المُضَارَبَةَ فِي نَوْعٍ وَقَالَ الآخَرُ مَا سَمَّيْتَ لِي تِجَارَةً بِعَيْنِهَا فَالْقَوْلُ لِلْمُضَارِبِ) لِأَنَّ الأَصْلَ فِيهِ العُمُومُ وَالْإِطْلَاقُ، وَالتَّخْصِيصُ يُعَارِضُ الشَّرْطَ، بِخِلَافِ الوَكَالَةِ لِأَنَّ الأَصْلَ فِيهِ الخُصُوصُ. (وَلَوِ ادَّعَىٰ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نَوْعًا فَالْقَوْلُ لِرَبِّ المَالِ) لِأَنَّهُمَا اتَّفَقَا عَلَى التَّخْصِيصِ، وَالْإِذْنُ يُسْتَفَادُ مِنْ جِهَتِهِ، وَالْبَيِّنَةُ بَيِّنَةُ المُضَارِبِ لِحَاجَتِهِ إِلَىٰ نَفْيِ الضَّمَانِ وَعَدَمِ حَاجَةِ الآخَرِ إِلَى البَيِّنَةِ، وَلَوْ وَقَّتَتِ البَيِّنَتَانِ وَقْتًا فَصَاحِبُ الوَقْتِ الأَخِيرِ أَوْلَىٰ لِأَنَّ آخِرَ الشَّرْطَيْنِ يَنْقُضُ الأَوَّلَ.

للضمان والبينة بينة المدعي، كذا في الإيضاح.

قوله: وَقَالَ الآخَرُ، أي المضاربُ فالقولُ للمضارب في دعوى العموم، أي مع اليمين.

قوله: لِأَنَّ الأَصْلَ فِيهِ العُمُومُ، يدلُّ عليه أنه لو قال: خُذ هذا المالَ مضاربةً بالنصف، يصحُّ ويملكُ به جميع التجارات، فلو لم يكن مقتضىٰ مطلق العقد العموم لم يصحَّ العقد إلَّا بالتنصيص علىٰ ما يوجب التخصيص كالوكالة.

قوله: وَالْبَيِّنَةُ بَيِّنَةُ المُضَارِبِ لِحَاجَتِهِ إِلَىٰ نَفْيِ الضَّمَانِ، أي لاحتياجه إلىٰ إثبات الإذن في نوع يدَّعى الإذن فيه حتى ينتفي الضمان عنه، وَعَدَمِ حَاجَةِ الآخَرِ، أي ربُّ المال، إِلَى البَيِّنَةِ، لأنَّ ما يدعيه ثبتَ بقوله إذ هو المتمسك بالأصل.

قوله: لِأَنَّ آخِرَ الشَّرْطَيْنِ يَنْقُضُ الأَوَّلَ، هذا من باب العمل بالبينتين لأنَّ العملَ بِهما ممكنٌ بأن يجعل كأنه أذن له بالعموم أوّلاً ثمَّ نَهىٰ عن العموم فأذن له بالخصوص،

أو أذن له بالخصوص أوَّلاً ثمَّ أذن له بالعموم، وإن لم يؤقِّت البينتان وقتًا، أو وقَّتا على السواء، أو وقتت إحداهما وقتًا دون الأخرىٰ يقضىٰ ببينة ربِّ المال لأنه تعذَّر القضاء بِهما معًا، لأنَّهما لا يقعان معًا ولا على التَّرتيب لأنَّ الشهود لم يشهدوا بالترتيب، وإذا تعذَّر القضاء بالأمرين تعذَّر العمل بالبينتين فيعمل ببينة ربُّ المال لأنَّها تثبت ما ليسَ بثابتٍ، هكذا ذكر في الأصل، وفي القدوري: إذا أقاما البينةَ فإن نصَّ شهود المضارب أنه أعطاه مضاربةً في كلِّ تجارة فالبينة بينته، وإن لم يشهدوا بِهذا الحرف فالبينة بينة ربِّ المال، وصورة توقيت البينتين قال ربُّ المال في دعوى الخصوص: دفعتُ إليك ألفًا مضاربةً في برٍّ في رمضان، وأقامَ على ذلك بينةً، وقال المضاربُ: دفعتَ إليَّ ألفًا في شوالٍ في طعامٍ، وأقامَ علىٰ ذلك بيِّنةً وكل بيِّنة شهدت بالتوقيت كما هو دعوى المدَّعي كانت بيِّنة المضارب أوْلىٰ، لأنَّ الثانِي ناسخ الأوَّل، والله تعالىٰ أعْلَم بالصواب.

* * *

كِتَابُ الوَدِيْعَةِ

قَالَ: (الْوَدِيعَةُ أَمَانَةٌ فِي يَدِ المُودَعِ إذَا هَلَكَتْ لَمْ يَضْمَنْهَا) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ

كتاب الوديعة

الودع التَّرك، وسُمِّيت الوديعة بِها لأنَّها شيءٌ يترك عند الأمين، قال الشيخ الإمام بدر الدين رحمه الله تعالىٰ: الفرق بين الوديعة والأمانة بالعموم والخصوص، فالوديعة خاصة والأمانة عامة، وحمل العام على الخاص صحيحٌ دون عكسه، فالوديعة هي المستحفظ قصدًا، والأمانة هي الشيء الذي وقع في يده من غير قصدٍ، بأن هبت الريح في ثوب إنسان وألقته في حجر غيره، والحكم في الوديعة أنه يبرأ عن الضمان إذا عاد إلى الوفاق، ولا يبرأ عن الضمان إذا عاد إلى الوفاق في الأمانة، والإيداع لغةً: تسليط الغير علىٰ حفظه أي شيءٍ كان مالًا أو غير مال، يقال: أودعت زيدًا مالًا واستودعته إيَّاه، إذا دفعه إليه ليكون عنده، فأنا مودِعٌ ومستودِعٌ بكسر الدال فيهما، وزيد مودَع ومستودَع بالفتح فيهما، والمالُ مودع ووديعة، وشريعةً: تسليط الغير علىٰ حفظ المال، وركنها الإيجاب والقبول، وشرطها كون المال قابلًا لإثبات اليد ليتمكَّن من حفظه، حتَّىٰ لو أوْدَع الآبق أو المال الساقط في البحر لا يصحُّ، وكون المودع مكلفاً شرطٌ لوجوب الحفظ عليه، وحكمها وجوب الحفظ وصيرورة المال أمانةً عنده، وشرعيتها بالكتاب، قال الله تعالىٰ: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُكُمۡ أَن تُؤَدُّواْ ٱلۡأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهۡلِهَا﴾ [النساء: ٥٨] وأداء الأمانة لا يكون إلا بعدها، والسنة: فالنبيُّ عليه الصلاة والسلام كان يودع ويستودع، وإجماع الأمة فالصحابة ومن بعدهم إلىٰ يومنا يودعون ويستودعون، ولأنَّ قبول الوديعة من باب الإعانة

الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «لَيْسَ عَلَى المُسْتَعِيرِ غَيْرِ المُغِلِّ ضَمَانٌ وَلَا عَلَى المُسْتَوْدَعِ غَيْرِ المُغِلِّ ضَمَانٌ» وَلِأَنَّ بِالنَّاسِ حَاجَةً إِلَى الِاسْتِيدَاعِ، فَلَوْ ضَمِنَاهُ يَمْتَنِعُ النَّاسُ عَنْ قَبُولِ الوَدَائِعِ فَتَتَعَطَّلُ مَصَالِحُهُمْ.

قَالَ: (وَلِلْمُودَعِ أَنْ يَحْفَظَهَا بِنَفْسِهِ وَبِمَنْ فِي عِيَالِهِ) لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ يَلْتَزِمُ حِفْظَ مَالِ غَيْرِهِ عَلَى الوَجْهِ الَّذِي يَحْفَظُ مَالَ نَفْسِهِ، وَلِأَنَّهُ لَا يَجِدُ بُدًّا مِنْ

وهيَ مندوبةٌ بقوله تعالىٰ: ﴿وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ﴾ [المائدة: ٢]، وبقوله عليه الصلاة والسلام: «إنَّ الله تعالىٰ في عَوْنِ العَبْدِ مادامَ العبد في عَوْنِ أخيه».

قوله: غَيْرِ المُغِلِّ، المُغِلُّ الخائن، والإغلال الخيانة.

قوله: وَبِمَنْ فِي عِيَالِهِ، من زوجته، أو ولده، أو والديه، أو أجيره، والعبرة في هذا الباب للمساكنة لا للنفقة، حتَّىٰ لو أوْدَعت المرأةُ وديعتها إلىٰ زوجها لا تضمن، وإن لم يكن الزوج في نفقتها لَمَا كان مساكنها، والابن الكبير إذا كان يسكن مع المودع ولم يكن في نفقته فخرجَ وتركَ المنزل على الابن لا يضمن الوديعةَ، والمراد بالأجير التلميذُ الخاص الذي استأجره مشاهرةً أو مسانَهةً، فأمَّا الأجير بعمل من الأعمال فكسائر الأجانب يضمن بالدفع إليه، وفي الفتاوى الصغرىٰ: تفسيرُ من في عياله أن يساكن معه، سواءٌ كان في نفقته أو لا، والعبرة في هذا الباب للمساكنة إلا في حقِّ الزوجة والولد الصغير والعبد، حتَّىٰ إنَّ الزوج إذا كان في محلةٍ والزوجةُ في محلةٍ أخرىٰ ولا ينفق عليها زوجها ودفع الوديعة إليها لا ضمان على الزوج، وكذا الابن الصغير إذا لم يكن في عياله فدفع إليه لا يضمن، ولكن يشترط أن يكون الصغير قادرًا على الحفظ، وكذا العبد إذا لم يكن في عياله بمنزلة الابن الصغير، فإن حفظها بغيرهم أو أوْدَعها غيرهم ضمن، وقال ابن أبي ليلىٰ: لا يضمن، لأنَّهم ملك الحفظ من جهة المالك فكان له أن يملك غيره كالمستعير يعير، قال العلامة

الدَّفْعِ إِلَىٰ عِيَالِهِ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُهُ مُلَازَمَةُ بَيْتِهِ وَلَا اسْتِصْحَابُ الوَدِيعَةِ فِي خُرُوجِهِ فَكَانَ المَالِكُ رَاضِيًا بِهِ (فَإِنْ حَفِظَهَا بِغَيْرِهِمْ أَوْ أَوْدَعَهَا غَيْرَهُمْ ضَمِنَ) لِأَنَّ المَالِكَ رَضِيَ بِيَدِهِ لَا بِيَدِ غَيْرِهِ، وَالْأَيْدِي تَخْتَلِفُ فِي الأَمَانَةِ، وَلِأَنَّ الشَّيْءَ لَا يَتَضَمَّنُ مِثْلَهُ كَالْوَكِيلِ لَا يُوَكِّلُ غَيْرَهُ، وَالْوَضْعُ فِي حِرْزِ غَيْرِهِ إِيدَاعٌ، إِلَّا إِذَا اسْتَأْجَرَ الحِرْزَ فَيَكُونُ حَافِظًا بِحِرْزِ نَفْسِهِ.

قَالَ: (إِلَّا أَنْ يَقَعَ فِي دَارِهِ حَرِيقٌ فَيُسَلِّمَهَا إِلَىٰ جَارِهِ أَوْ يَكُونَ فِي سَفِينَةٍ

حميد الدين رحمه الله تعالىٰ: معنىٰ قوله: فإن حفظها بغيرهم، إذا كان بأجرٍ، ومعنىٰ قوله: أَوْدَعها، إذا كان بغير أجرٍ، وقيل: معنىٰ قوله: فإن حفظها بغيرهم، بأن استحفظ المودع الوديعة في بيته بغيره بأن ترك الوديعة والغير في بيته وخرج هو بنفسه، أو أَوْدَعها غيرهم بأن نقل الوديعة من بيته ودفعها إلىٰ أجنبيٍّ وديعةً.

قوله: وَلِأَنَّ الشَّيْءَ لَا يَتَضَمَّنُ مِثْلَهُ، ولا يلزم المستعير حيث إن له يعير، والمأذون له أن يأذن، والمكاتب له أن يكاتب، لأنَّ المستعير مالكٌ والمأذون والمكاتب يتصرَّف بحكم فكِّ الحجر كما بعد العتق فمَلَك أن يملك غيره، بخلاف المودع فإنه مأمورٌ بالحفظ، والمأمورُ بالشيء لا يملك أن يفوِّض ما أمر به إلىٰ غيره، ولهذا الوكيل بالطلاق والعتاق لا يوكل غيره وإن كان الناس لا يتفاوتون فيه.

قوله: إِلَّا أَنْ يَقَعَ فِي دَارِهِ حَرِيقٌ، استثناءٌ من قوله: فَإِنْ حَفِظَهَا بِغَيْرِهِمْ، ذكر شمس الأئمة الحلواني رحمه الله تعالىٰ: إذا وقع في بيت المودع حريقٌ فدفع الوديعةَ إلىٰ أجنبيٍّ فإن أمكنه أن يناولها بعض من في عياله فهو ضامنٌ وإلَّا فلا ضمانَ عليه، ولا يصدق علىٰ ذلك إلَّا ببينةٍ، وفي الملتقىٰ: إذا علم أنه احترق داره قبل قوله، وإن لم يعلم لا يقبل إلَّا ببينةٍ.

فَخَافَ الغَرَقَ فَيُلْقِيَهَا إِلَىٰ سَفِينَةٍ أُخْرَىٰ) لِأَنَّهُ تَعَيَّنَ طَرِيقًا لِلْحِفْظِ فِي هٰذِهِ الحَالَةِ فَيَرْتَضِيهِ المَالِكُ، وَلَا يُصَدَّقُ عَلَىٰ ذٰلِكَ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ لِأَنَّهُ يَدَّعِي ضَرُورَةً مُسْقِطَةً لِلضَّمَانِ بَعْدَ تَحَقُّقِ السَّبَبِ فَصَارَ كَمَا إِذَا ادَّعَىٰ الإِذْنَ فِي الإِيدَاعِ. قَالَ: (فَإِنْ طَلَبَهَا صَاحِبُهَا فَحَبَسَهَا وَهُوَ يَقْدِرُ عَلَىٰ تَسْلِيمِهَا ضَمِنَهَا) لِأَنَّهُ مُتَعَدٍّ بِالْمَنْعِ، وَهٰذَا لِأَنَّهُ لَمَّا طَالَبَهُ لَمْ يَكُنْ رَاضِيًا بِإِمْسَاكِهِ بَعْدَهُ فَيَضْمَنُهُ بِحَبْسِهِ عَنْهُ.

قَالَ: (وَإِنْ خَلَطَهَا المُودَعُ بِمَالِهِ حَتَّىٰ لَا تَتَمَيَّزَ ضَمِنَهَا ثُمَّ لَا سَبِيلَ لِلْمُودَعِ عَلَيْهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَقَالَا: إِذَا خَلَطَهَا بِجِنْسِهَا شَرِكَهُ إِنْ شَاءَ) مِثْلُ أَنْ يَخْلِطَ الدَّرَاهِمَ البِيضَ بِالْبِيضِ وَالسُّودَ بِالسُّودِ وَالْحِنْطَةَ بِالْحِنْطَةِ وَالشَّعِيرَ بِالشَّعِيرِ. لَهُمَا أَنَّهُ لَا يُمْكِنُهُ الوُصُولُ إِلَىٰ عَيْنِ حَقِّهِ صُورَةً وَأَمْكَنَهُ مَعْنًىٰ بِالْقِسْمَةِ فَكَانَ اسْتِهْلَاكًا مِنْ وَجْهٍ دُونَ وَجْهٍ فَيَمِيلُ إِلَىٰ أَيِّهِمَا شَاءَ. وَلَهُ أَنَّهُ اسْتِهْلَاكٌ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ لِأَنَّهُ فِعْلٌ

قوله: شَرِكَهُ إِنْ شَاءَ، ولو هلك قبل التمييز هلك من مالها.

قوله: وَأَمْكَنَهُ مَعْنًى بِالْقِسْمَةِ، إذ القسمة فيما يُكال أو يُوزن إفرازٌ وتعيين بالإجماع، ولهذا يملك كلُّ واحد من الشريكين أن يأخذ حصةَ نفسه بلا رضاءٍ وقضاءٍ، وإذا كان استهلاكًا من وجهٍ دون وجهٍ فإن شاء مال إلىٰ جانب الهلاك وضمنه مثله، وإن شاء مال إلىٰ جانب القيام وشاركه في المخلوط.

قوله: وَلَهُ أَنَّهُ اسْتِهْلَاكٌ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ، لأنه ليسَ الاستهلاك من العباد إلا هذا وهو التعييب، وهو إمَّا انعدام المحلِّ فبتخليق الله تعالىٰ، ولهذا كان له حقُّ التضمين بالإجماع،

يَتَعَذَّرُ مَعَهُ الوُصُولُ إِلَىٰ عَيْنِ حَقِّهِ، وَلَا مُعْتَبَرَ بِالْقِسْمَةِ لِأَنَّهَا مِنْ مُوجِبَاتِ الشَّرِكَةِ فَلَا تَصْلُحُ مُوجِبَةً لَهَا، وَلَوْ أَبْرَأَ الخَالِطَ لَا سَبِيلَ لَهُ عَلَى المَخْلُوطِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - لِأَنَّهُ لَا حَقَّ لَهُ إِلَّا فِي الدَّيْنِ وَقَدْ سَقَطَ، وَعِنْدَهُمَا بِالإِبْرَاءِ تَسْقُطُ خِيرَةُ الضَّمَانِ فَيَتَعَيَّنُ الشَّرِكَةُ فِي المَخْلُوطِ، وَخَلْطُ الخَلِّ بِالزَّيْتِ وَكُلِّ مَائِعٍ بِغَيْرِ جِنْسِهِ يُوجِبُ انْقِطَاعَ حَقِّ المَالِكِ إِلَى الضَّمَانِ، وَهٰذَا بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّهُ اسْتِهْلَاكٌ صُورَةً وَكَذَا مَعْنًىٰ لِتَعَذُّرِ القِسْمَةِ بِاعْتِبَارِ اخْتِلَافِ الجِنْسِ، وَمِنْ هٰذَا القَبِيلِ خَلْطُ الحِنْطَةِ بِالشَّعِيرِ فِي الصَّحِيحِ لِأَنَّ أَحَدَهُمَا لَا يَخْلُو عَنْ حَبَّاتِ الآخَرِ فَتَعَذَّرَ

وهو إمارة الاستهلاك.

قوله: وَلَا مُعْتَبَرَ بِالْقِسْمَةِ، جوابٌ عن قولهما: وأمكنه معنى بالقسمة، لأنَّ القسمة ليست بموصلةٍ إلىٰ عينِ حقٍّ ولكن جعلت طريقاً للانتفاع بطريق الضرورة بناءً علىٰ قيام الشركة وحكماً لها فلا تصلُ علةً موجبةً للشركة، لأنَّ حكم العلة لا يكون علة العلة.

قوله: وَلَوْ أَبْرَأَ الخَالِطَ، إلخ، بيان ثمرة الخلاف.

قوله وَمِنْ هٰذَا القَبِيلِ، أي من قبيل ما يوجبُ انقطاع حقِّ المالك إلى الضمان بالإجماع خلطَ الحنطةَ بالشعير في الصحيح، لأنه لا يصل المالك إلىٰ عين ملكه إلَّا بحرجٍ والمتعسِّر كالمتعذِّر، ولأنَّ الحنطة لا تخلو عن حبَّات الشعير والشعير لا يخلو عن حبَّات الحنطة، فتعذَّر التمييز حقيقةً وتعذَّر التمييز حكماً أيضاً بالقسمة لاختلاف الجنس، لأنَّ القسمة عند اختلاف الجنس غير مشروعةٍ، وقيل: لا ينقطع حقُّ المالك عن المخلوط بالإجماع هنا ويكون له الخيار، وقيل: القياس أن يصير المخلوط ملكاً للخالط عند أبي

التَّمْيِيزُ وَالْقِسْمَةُ. وَلَوْ خَلَطَ المَائِعَ بِجِنْسِهِ فَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - يَنْقَطِعُ حَقُّ المَالِكِ إِلَىٰ ضَمَانٍ لِمَا ذَكَرْنَا، وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ يُجْعَلُ الأَقَلُّ تَابِعًا لِلْأَكْثَرِ اعْتِبَارًا لِلْغَالِبِ أَجْزَاءً، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ شَرِكَةُ بِكُلِّ حَالٍ لِأَنَّ الجِنْسَ لَا يَغْلِبُ الجِنْسَ عِنْدَهُ عَلَىٰ مَا مَرَّ فِي الرَّضَاعِ، وَنَظِيرُهُ خَلْطُ الدَّرَاهِمِ بِمِثْلِهَا إِذَابَةً لِأَنَّهُ يَصِيرُ مَائِعًا بِالْإِذَابَةِ.

قَالَ: (وَإِنِ اخْتَلَطَتْ بِمَالِهِ مِنْ غَيْرِ فِعْلِهِ فَهُوَ شَرِيكٌ لِصَاحِبِهَا) كَمَا إِذَا انْشَقَّ الكِيسَانِ فَاخْتَلَطَا لِأَنَّهُ لَا يَضْمَنُهَا لِعَدَمِ الصُّنْعِ مِنْهُ فَيَشْتَرِكَانِ وَهٰذَا بِالِاتِّفَاقِ. قَالَ: (فَإِنْ أَنْفَقَ المُودَعُ بَعْضَهَا ثُمَّ رَدَّ مِثْلَهُ فَخَلَطَهَا بِالْبَاقِي ضَمِنَ الجَمِيعَ) لِأَنَّهُ خَلَطَ مَالَ غَيْرِهِ بِمَالِهِ فَيَكُونُ اسْتِهْلَاكًا عَلَى الوَجْهِ الَّذِي تَقَدَّمَ.

قَالَ: (وَإِذَا تَعَدَّى المُودَعُ فِي الوَدِيعَةِ بِأَنْ كَانَتْ دَابَّةً فَرَكِبَهَا أَوْ ثَوْبًا

حنيفة رحمه الله تعالىٰ، وفي الاستحسان لا يصير.

قوله: عَلَىٰ مَا مَرَّ فِي الرَّضَاعِ، وهو قوله: وإذا اختلط لبن امرأتين، إلىٰ قوله: وقال محمد رحمه الله: يتعلق التحريم بهما لأنَّ الجنس لا يغلب الجنس.

قوله: ضَمِنَ الجَمِيعَ، أي بعضه بالانفاق وبعضه بالخلط، وحكم الخلط ما مرَّ من الوجوه وفاقاً وخلافاً، وهذا لأنَّ ما أنْفَق صار ديناً في ذمته وهو لا ينفردُ بقضاء الدين بغير محضرٍ من صاحبه فيكون خلطاً لما بقىٰ بملك نفسه وهو موجب للضمان عليه، نعم يد المودع كيده لكن فيما فوِّض إليه وهو الحفظ لا في الخلط، وعند مالك والشافعي رحمهما الله إذا أنْفَق بعضها صار ضامناً للكلِّ، لأنه بالخيانة زالت الأمانة فتجبُ الغرامة.

فَلَبِسَهُ أَوْ عَبْدًا فَاسْتَخْدَمَهُ أَوْ أَوْدَعَهَا غَيْرَهُ ثُمَّ أَزَالَ التَّعَدِّيَ فَرَدَّهَا إِلَىٰ يَدِهِ زَالَ الضَّمَانُ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يَبْرَأُ عَنْ الضَّمَانِ لِأَنَّ عَقْدَ الوَدِيعَةِ ارْتَفَعَ حِينَ صَارَ ضَامِنًا لِلْمُنَافَاةِ فَلَا يَبْرَأُ إِلَّا بِالرَّدِّ عَلَى المَالِكِ وَلَنَا أَنَّ الأَمْرَ بَاقٍ لِإِطْلَاقِهِ، وَارْتِفَاعُ حُكْمِ العَقْدِ ضَرُورَةَ ثُبُوتِ نَقِيضِهِ، فَإِذَا ارْتَفَعَ عَادَ حُكْمُ العَقْدِ، كَمَا إِذَا اسْتَأْجَرَهُ لِلْحِفْظِ شَهْرًا فَتَرَكَ الحِفْظَ فِي بَعْضِهِ ثُمَّ حَفِظَ فِي البَاقِي فَحَصَلَ الرَّدُّ إِلَىٰ نَائِبِ المَالِكِ.

قَالَ: (فَإِنْ طَلَبَهَا صَاحِبُهَا فَجَحَدَهَا ضَمِنَهَا) لِأَنَّهُ لَمَّا طَالَبَهُ بِالرَّدِّ فَقَدْ عَزَلَهُ عَنِ الحِفْظِ فَبَعْدَ ذَٰلِكَ هُوَ بِالْإِمْسَاكِ غَاصِبٌ مَانِعٌ فَيَضْمَنُهَا، فَإِنْ عَادَ إِلَى الِاعْتِرَافِ لَمْ يَبْرَأْ عَنِ الضَّمَانِ لِارْتِفَاعِ العَقْدِ، إِذِ المُطَالَبَةُ بِالرَّدِّ رَفْعٌ مِنْ جِهَتِهِ وَالْجُحُودُ فَسْخٌ مِنْ جِهَةِ المُودَعِ كَجُحُودِ الوَكِيلِ

قوله: وَلَنَا أَنَّ الأَمْرَ بَاقٍ لِإِطْلَاقِهِ، وهذا لأنه قال: احفظ مالي، وهذا اللَّفظ يتناولُ جميع الأَوْقات ما قبل الخلاف وما بعده، ولم يبطل بالخلاف لأنَّ بطلان الشيء بما وضع لإبطاله أو بما ينافيه، والاستعمال ليسَ بموضوعٍ لإبطال الإيداع ولا ينافيه، ولهذا صحَّ الأمر بالحفظ مع الاستعمال ابتداءً بأن يقول للغاصب: أَوْدَعْتُكَ، وهو مستعملٌ له، وإذا كان الأمر بالحفظ باقياً فقد ردَّه بتَرْك التعدِّي إلىٰ نائب المالك أعني نفسه، وقول الشافعي رحمه الله تعالىٰ: لأنَّ عقد الوديعة قد ارتفعَ، قلنا: ارتفاع العقد ما كان باعتبار معنًى صادفَ العقدَ، بل ضرورة فوات موجب العقد، وهو الحفظ للمالك، وإذا كان الفوات ضرورياً يتقدَّر بقدر الضرورة فيظهر أثر ارتفاع العقد في قدر ما وجد الخلاف فيه، وفيما وراءه يبقىٰ علىٰ ما كان.

الوَكَالَةَ وَجُحُودِ أَحَدِ المُتَعَاقِدَيْنِ البَيْعَ فَتَمَّ الرَّفْعُ، أَوْ لِأَنَّ المُودَعَ يَنْفَرِدُ بِعَزْلِ نَفْسِهِ بِمَحْضَرٍ مِنَ المُسْتَوْدِعِ كَالْوَكِيلِ يَمْلِكُ عَزْلَ نَفْسِهِ بِحَضْرَةِ المُوَكِّلِ، وَإِذَا ارْتَفَعَ لَا يَعُودُ إِلَّا بِالتَّجْدِيدِ فَلَمْ يُوجَدِ الرَّدُّ إِلَىٰ نَائِبِ المَالِكِ، بِخِلَافِ الخِلَافِ ثُمَّ العَوْدِ إِلَى الوِفَاقِ، وَلَوْ جَحَدَهَا عِنْدَ غَيْرِ صَاحِبِهَا لَا يَضْمَنُهَا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ خِلَافًا لِزُفَرَ لِأَنَّ الجُحُودَ عِنْدَ غَيْرِهِ مِنْ بَابِ الحِفْظِ لِأَنَّ فِيهِ قَطْعَ طَمَعِ الطَّامِعِينَ، وَلِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ عَزْلَ نَفْسِهِ بِغَيْرِ مَحْضَرٍ مِنْهُ أَوْ طَلَبِهِ فَبَقِيَ الأَمْرُ بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ بِحَضْرَتِهِ.

قوله: بِخِلَافِ الخِلَافِ ثُمَّ العَوْدِ إِلَى الوِفَاقِ، لأنَّ العقد باقٍ، إذ الخلاف ليسَ يرد الأمر لأنَّ الأمر قولٌ وردُّ القول بقولٍ مثله، أمَّا الجحود فهو قولٌ وردٌّ للأمر لأنَّ الجاحد يكون متملِّكـًا للعين، والمالك في ملكه لا يكون مأمورًا بالحفظ من جهة غيره، والدليل عليه أوامرُ الشرع، فالجحود فيها ردٌّ، حتَّىٰ لو أنكَر أمر الله تعالىٰ يكفر، والخلاف لا يكون ردًّا، حتَّىٰ لو ترك صومـًا أو صلاةً لا يكفر.

قوله: وَلَوْ جَحَدَهَا عِنْدَ غَيْرِ صَاحِبِهَا لَا يَضْمَنُهَا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ، بأن قال له رجلٌ: ما حالُ وديعةِ فلانٍ؟ فقال: ليسَ لفلانٍ عندي وديعةٌ.

قوله: خِلَافًا لِزُفَرَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ، إنَّما قيَّد باختلافهما فحسبُ مع أنَّ عدم وجوب الضمان مذهب العلماء الثلاثة رحمهم الله تعالىٰ، لأنَّ هذا الفصل ذكر في اختلاف زُفر ويعقوب لا في غيره.

قوله: أَوْ طَلَبِهِ، يعني إذا طلب المودعُ الوديعةَ فكأنه عزله عن الحفظ، ولم يوجد الطلب هنا ولا ينفرد هو بالعزل.

قَالَ: (وَلِلْمُودَعِ أَنْ يُسَافِرَ الوَدِيعَةِ وَإِنْ كَانَ لَهَا حِمْلٌ وَمُؤْنَةٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَقَالَا: لَيْسَ لَهُ ذٰلِكَ إِذَا كَانَ لَهَا حِمْلٌ وَمُؤْنَةٌ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَيْسَ لَهُ ذٰلِكَ فِي الوَجْهَيْنِ، لِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - إِطْلَاقُ الأَمْرِ، وَالْمَفَازَة مَحَلٌّ لِلْحِفْظِ إِذَا كَانَ الطَّرِيقُ آمِنًا وَلِهٰذَا يَمْلِكُ الأَبُ وَالْوَصِيُّ فِي مَالِ الصَّبِيِّ. وَلَهُمَا أَنَّهُ تَلْزَمُهُ مُؤْنَةُ الرَّدِّ فِيمَا لَهُ حِمْلٌ وَمُؤْنَةٌ، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لَا يَرْضَىٰ بِهِ فَيَتَقَيَّدُ، وَالشَّافِعِيُّ يُقَيِّدُهُ بِالْحِفْظِ المُتَعَارَفِ وَهُوَ الحِفْظُ فِي الأَمْصَارِ وَصَارَ كَالِاسْتِحْفَاظِ بِأَجْرٍ. قُلْنَا: مُؤْنَةُ الرَّدِّ تَلْزَمُهُ فِي مِلْكِهِ ضَرُورَةَ امْتِثَالِ أَمْرِهِ فَلَا يُبَالِي بِهِ وَالْمُعْتَادُ كَوْنُهُمْ فِي المِصْرِ لَا حِفْظُهُمْ، وَمَنْ يَكُونُ فِي المَفَازَةِ يَحْفَظُ مَالَهُ فِيهَا، بِخِلَافِ الِاسْتِحْفَاظِ بِأَجْرٍ لِأَنَّهُ عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ فَيَقْتَضِي التَّسْلِيمَ فِي

قوله: وَإِنْ كَانَ لَهَا حِمْلٌ وَمُؤْنَةٌ، الحملُ بالفتح مصدر حمل الشيء، ومنه: ما له حملٌ ومؤنةٌ، يعنون: ما له ثقلٌ يحتاج في حمله إلىٰ ظهرٍ، أو أجرة حمَّالٍ، وبيانه في لفظ الأصل ما له مؤنةٌ في الحمل، كذا في المغرب، هذا إذا كان الطريق آمنـًا بأن لا يقصده أحدٌ غالبـًا، ولو قصده يمكنه دفعه بنفسه وبرفقة السفر ولم ينهه المودع عنها.

قوله: وَصَارَ كَالِاسْتِحْفَاظِ بِأَجْرٍ، بأن استأجر رجلًا ليحفظَ متاعه شهرًا بدرهمٍ فسافرَ بالمال يضمنُ.

قوله: وَالْمُعْتَادُ كَوْنُهُمْ فِي المِصْرِ لَا حِفْظُهُمْ، جوابٌ عن قول الشافعي رحمه الله تعالىٰ.

قوله: لِأَنَّهُ عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ، لأنه بالإجارة اشترى منافعه فالحفظ إنَّما يقعُ بمنافع

مَكَانِ العَقْدِ (وَإِذَا نَهَاهُ المُودِعُ أَنْ يَخْرُجَ بِالْوَدِيعَةِ فَخَرَجَ بِهَا ضَمِنَ) لِأَنَّ التَّقْيِيدَ مُفِيدٌ إِذِ الحِفْظُ فِي المِصْرِ أَبْلَغُ فَكَانَ صَحِيحًا.

قَالَ: (وَإِذَا أَوْدَعَ رَجُلَانِ عِنْدَ رَجُلٍ وَدِيعَةً فَحَضَرَ أَحَدُهُمَا وَطَلَبَ نَصِيبَهُ مِنْهَا لَمْ يَدْفَعْ إِلَيْهِ حَتَّىٰ يَحْضُرَ الآخَرُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَالَا: يَدْفَعُ إِلَيْهِ نَصِيبَهُ) وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: ثَلَاثَةٌ اسْتَوْدَعُوا رَجُلًا أَلْفًا فَغَابَ اثْنَانِ فَلَيْسَ لِلْحَاضِرِ أَنْ يَأْخُذَ نَصِيبَهُ عِنْدَهُ، وَقَالَا: لَهُ ذٰلِكَ، وَالْخِلَافُ فِي المَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ، وَهُوَ المُرَادُ بِالْمَذْكُورِ فِي المُخْتَصَرِ.

المالك فيلزمه المقام مع المالك ليمكنه التسليم كما وجبَ عليه، لأنَّ الداخلَ تحت العقد المنافع في المصر، فإذا خرج صار مخالفـًا لأنَّ هذه المنافع غير داخلةٍ فضمن، وهنا إنَّما يحفظ علىٰ سبيل المعونة فلا يحجرُ به، هذا إذا لم يعيِّن صاحب الوديعة المصر للحفظ فيه، بل أطْلَق الحفظ إطلاقـًا، فإنْ عين المالك عليه الحفظ في المصر فسافر، فإن كان سفرًا له منه بُدٌّ ضمن، وإن كان سفرًا لا بُدَّ له منه، فإن أمكنه الحفظُ في المصر مع السفر بأن أمكنه أن يترك واحدًا من عياله مع الوديعة في المصر ضمن، وإن لم يمكنه ذلك لا يضمن.

قوله: وَهُوَ المُرَادُ بِالْمَذْكُورِ فِي المُخْتَصَرِ، وهو قوله: وإذا أَوْدَع رجلان عند رجل وديعةً، وإنَّما ذكر هذا احترازًا عن قول بعض المشايخ حيث قالوا: الاختلاف فيما هو من ذوات الأمثال وفيما هو من ذوات القيم سواءٌ، وفي المسئلة حكايةٌ، فإنَّ رجلين دخلا الحمامَ وأودعا عند الحماميِّ هميانـًا فخرج أحدهما قبل صاحبه وأخذ الهميان وذهب به، ثمَّ خرج الآخر وطالبه بالهميان، ولعلَّهما تواطآ علىٰ ذلك، فتحيَّر الحماميُّ فقيل له: فَصِّل هذا الأمرَ عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، فذهبَ إليه وقصَّ عليه القصَّة فقال أبو حنيفة رحمه الله: لا تقل دفعته إلىٰ صاحبك، ولكن قل: لا أدفعه إليك حتَّىٰ يحضر صاحبك،

لَهُمَا أَنَّهُ طَالَبَهُ بِدَفْعِ نَصِيبِهِ فَيُؤْمَرُ بِالدَّفْعِ إِلَيْهِ كَمَا فِي الدَّيْنِ الْمُشْتَرَكِ، وَهٰذَا لِأَنَّهُ يُطَالِبُهُ بِتَسْلِيمِ مَا سَلَّمَ إِلَيْهِ وَهُوَ النِّصْفُ، وَلِهٰذَا كَانَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَهُ فَكَذَا يُؤْمَرُ هُوَ بِالدَّفْعِ إِلَيْهِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ طَالَبَهُ بِدَفْعِ نَصِيبِ الغَائِبِ لِأَنَّهُ يُطَالِبُهُ بِالْمُفْرَزِ وَحَقُّهُ فِي الْمُشَاعِ، وَالْمُفْرَزُ الْمُعَيَّنُ يَشْتَمِلُ عَلَىٰ الحَقَّيْنِ، وَلَا يَتَمَيَّزُ حَقُّهُ إِلَّا بِالْقِسْمَةِ، وَلَيْسَ لِلْمُودَعِ وِلَايَةُ القِسْمَةِ وَلِهٰذَا لَا يَقَعُ دَفْعُهُ قِسْمَةً بِالْإِجْمَاعِ، بِخِلَافِ الدَّيْنِ الْمُشْتَرَكِ لِأَنَّهُ يُطَالِبُهُ بِتَسْلِيمِ حَقِّهِ لِأَنَّ الدُّيُونَ تُقْضَىٰ بِأَمْثَالِهَا. قَوْلُهُ لَهُ أَنْ يَأْخُذَهُ. قُلْنَا: لَيْسَ مِنْ ضَرُورَتِهِ أَنْ يُجْبَرَ الْمُودَعُ عَلَى الدَّفْعِ كَمَا إِذَا كَانَ لَهُ أَلْفُ دِرْهَمٍ وَدِيعَةً عِنْدَ إِنْسَانٍ وَعَلَيْهِ أَلْفٌ لِغَيْرِهِ فَلِغَرِيمِهِ

فانقطع الرجلُ وترك الحماميّ، كذا في الفوائد الظهيرية.

قوله: وَلِهٰذَا كَانَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَهُ، أي المودع الحاضر إذا ظَفَرَ به، وهذا لأنَّ يد المودَع كيد المودِع، ولو كان في يد المودع له أن يأخذ، فكذا إذا كان في يد نائبه.

قوله: وَلِهٰذَا لَا يَقَعُ دَفْعُهُ قِسْمَةً بِالْإِجْمَاعِ، فإنَّهما قالا: لو أخذ نصيبه ثمَّ هلكَ الباقي في يد المودع ثمَّ حضرَ الغائب له أن يشاركه في المقبوض، فثبتَ أنَّ القسمةَ ليست بنافذةٍ.

قوله: لِأَنَّهُ يُطَالِبُهُ بِتَسْلِيمِ حَقِّهِ، أي حقِّ المديون.

قوله: وَعَلَيْهِ أَلْفٌ لِغَيْرِهِ، إلىٰ آخره، صورته إذا كان لرجلٍ ألف درهمٍ وديعةً عند إنسانٍ وللآخر على الرجل المودع ألفٌ فلصاحب الدَّين وهو الغريم أن يأخذ تلك الوديعة من يد المودع إن ظفر بِها، وإن لم يكن للمودع أن يدفع الألف إلىٰ غريمه.

أَنْ يَأْخُذَهُ إِذَا ظَفِرَ بِهِ، وَلَيْسَ لِلْمُودَعِ أَنْ يَدْفَعَهُ إِلَيْهِ.

قَالَ: (وَإِنْ أَوْدَعَ رَجُلٌ عِنْدَ رَجُلَيْنِ شَيْئًا مِمَّا يُقْسَمُ لَمْ يَجُزْ أَنْ يَدْفَعَهُ أَحَدُهُمَا إِلَى الآخَرِ وَلٰكِنَّهُمَا يَقْتَسِمَانِهِ فَيَحْفَظُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفَهُ، وَإِنْ كَانَ مِمَّا لَا يُقْسَمُ جَازَ أَنْ يَحْفَظَ أَحَدُهُمَا بِإِذْنِ الآخَرِ) وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَكَذٰلِكَ الجَوَابُ عِنْدَهُ فِي المُرْتَهِنَيْنِ وَالْوَكِيلَيْنِ بِالشِّرَاءِ إِذَا سَلَّمَ أَحَدُهُمَا إِلَى الآخَرِ. وَقَالَا: لِأَحَدِهِمَا أَنْ يَحْفَظَ بِإِذْنِ الآخَرِ فِي الوَجْهَيْنِ. لَهُمَا أَنَّهُ رَضِيَ بِأَمَانَتِهِمَا فَكَانَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنْ يُسَلِّمَ إِلَىٰ الآخَرِ وَلَا يَضْمَنُهُ كَمَا فِيمَا لَا يُقْسَمُ. وَلَهُ أَنَّهُ رَضِيَ بِحِفْظِهِمَا وَلَمْ يَرْضَ بِحِفْظِ أَحَدِهِمَا كُلِّهِ لِأَنَّ الفِعْلَ مَتَىٰ أُضِيفَ إِلَىٰ مَا يَقْبَلُ الوَصْفَ بِالتَّجَزِّي تَنَاوَلَ البَعْضَ دُونَ الكُلِّ فَوَقَعَ التَّسْلِيمُ إِلَى الآخَرِ مِنْ غَيْرِ رِضَا المَالِكِ فَيَضْمَنُ الدَّافِعُ وَلَا يَضْمَنُ القَابِضُ لِأَنَّ مُودِعَ المُودَعِ عِنْدَهُ لَا يَضْمَنُ، وَهٰذَا بِخِلَافِ مَا لَا يُقْسَمُ لِأَنَّهُ لَمَّا أَوْدَعَهُمَا وَلَا يُمْكِنُهُمَا الِاجْتِمَاعُ عَلَيْهِ آنَاءَ اللَّيْلِ وَالنَّهَارِ وَأَمْكَنَهُمَا المُهَايَأَةُ كَانَ

قوله: وَكَذٰلِكَ الجَوَابُ عِنْدَهُ فِي المُرْتَهِنَيْنِ وَالْوَكِيلَيْنِ بِالشِّرَاءِ، أي إذا رَهَن شيئًا ممَّا لا يقسم عند رجلين فلكلِّ واحد من المرتَهنين أن يحفظ الرهن بإذن الآخر، وكذا إذا وكَّل وكيلين بالشراء ودفع الثمن إليهما يكون لكلِّ واحد من الوكيلين أن يحفظ الثمن بإذن الآخر.

قوله: لِأَنَّ الفِعْلَ، أي فعل الاستحفاظ.

الْمَالِكُ رَاضِيًا بِدَفْعِ الكُلِّ إِلَىٰ أَحَدِهِمَا فِي بَعْضِ الأَحْوَالِ.

قَالَ: (وَإِذَا قَالَ صَاحِبُ الوَدِيعَةِ لِلْمُودَعِ لَا تُسَلِّمْهُ إِلَىٰ زَوْجَتِك فَسَلَّمَهَا إِلَيْهَا لَا يَضْمَنُ. وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: إِذَا نَهَاهُ أَنْ يَدْفَعَهَا إِلَىٰ أَحَدٍ مِنْ عِيَالِهِ فَدَفَعَهَا إِلَىٰ مَنْ لَا بُدَّ لَهُ مِنْهُ لَا يَضْمَنُ) كَمَا إِذَا كَانَتِ الوَدِيعَةُ دَابَّةً فَنَهَاهُ عَنِ الدَّفْعِ إِلَىٰ غُلَامِهِ، وَكَمَا إِذَا كَانَتْ شَيْئًا يُحْفَظُ فِي يَدِ النِّسَاءِ فَنَهَاهُ عَنِ الدَّفْعِ إِلَىٰ امْرَأَتِهِ وَهُوَ مَحْمَلُ الأَوَّلِ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ إِقَامَةُ العَمَلِ مَعَ مُرَاعَاةِ هٰذَا الشَّرْطِ، وَإِنْ كَانَ مُفِيدًا فَيَلْغُو (وَإِنْ كَانَ لَهُ مِنْهُ بُدٌّ ضَمِنَ) لِأَنَّ الشَّرْطَ مُفِيدٌ لِأَنَّ مِنَ العِيَالِ مَنْ لَا يُؤْتَمَنُ عَلَى المَالِ وَقَدْ أَمْكَنَ العَمَلُ بِهِ مَعَ مُرَاعَاةِ هٰذَا الشَّرْطِ فَاعْتُبِرَ (وَإِنْ قَالَ احْفَظْهَا

قوله: وَهُوَ مَحْمَلُ الأَوَّلِ، أي فرواية الجامع الصغير بقوله: فدفعها إلىٰ من لا بُدَّ له منه لم يضمن، محمل رواية القدورى التي ذكرها مطلقـًا، فإنه لا يضمن حتَّىٰ إذا كان له منه بُدٌّ إن كانت الوديعة شيئـًا خفيفـًا يمكنُ للمودع استصحابه بنفسه، كالخاتَم ونحوه فدفعه إلىٰ عياله ضمن، وذ كر في المغني: وإذا دفع الرجل إلىٰ غيره وديعة وقال له: لا تدفعها إلى امرأتك فإنِّي أتهمها، أو قال: إلى ابنك، أو قال: إلىٰ عبدك، وما أشبه ذلك فدفع إليه، فإن كان لا يجد المودَع بُدًّا من الدفع إليه بأن لم يكن له عيالٌ سواه لم يضمن بالدفع إليه، وإن كان يجد منه بُدًّا فهو ضامنٌ، المودع إذا وضع الوديعةَ في حانوته فقال لصاحبها: لا تضع في الحانوت فإنه مخوف، فتَركها فيه حتَّىٰ سُرِقَ ليلًا، إن لم يكن له موضعٌ آخر أحْرَز من الحانوت لا يضمن، وإن كان له موضعٌ آخر أحْرَز من الحانوت فهو ضامنٌ إذا كان قادرًا على الحمل.

فِي هٰذَا البَيْتِ فَحَفِظَهَا فِي بَيْتٍ آخَرَ مِنَ الدَّارِ لَمْ يَضْمَنْ) لِأَنَّ الشَّرْطَ غَيْرُ مُفِيدٍ، فَإِنَّ البَيْتَيْنِ فِي دَارٍ وَاحِدَةٍ لَا يَتَفَاوَتَانِ فِي الحِرْزِ (وَإِنْ حَفِظَهَا فِي دَارٍ أُخْرَىٰ ضَمِنَ) لِأَنَّ الدَّارَيْنِ يَتَفَاوَتَانِ فِي الحِرْزِ فَكَانَ مُفِيدًا فَيَصِحُّ التَّقْيِيدُ، وَلَوْ كَانَ التَّفَاوُتُ بَيْنَ البَيْتَيْنِ ظَاهِرًا بِأَنْ كَانَتِ الدَّارُ الَّتِي فِيهَا البَيْتَانِ عَظِيمَةً وَالْبَيْتُ الَّذِي نَهَاهُ عَنِ الحِفْظِ فِيهِ عَوْرَةً ظَاهِرَةً صَحَّ الشَّرْطُ.

قَالَ: (وَمَنْ أَوْدَعَ رَجُلًا وَدِيعَةً فَأَوْدَعَهَا آخَرَ فَهَلَكَتْ فَلَهُ أَنْ يُضَمِّنَ الأَوَّلَ وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُضَمِّنَ الثَّانِيَ، وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَالَا: لَهُ أَنْ يُضَمِّنَ أَيَّهمَا شَاءَ، فَإِنْ ضَمَّنَ الأَوَّلَ لَا يَرْجِعُ عَلَىٰ الآخَرِ، فَإِنْ ضَمَّنَ الآخَرَ رَجَعَ عَلَى الأَوَّلِ) لَهُمَا أَنَّهُ قَبَضَ المَالَ مِنْ يَدِ ضَمِينٍ فَيُضَمِّنُهُ كَمُودَعِ الغَاصِبِ، وَهٰذَا لِأَنَّ المَالِكَ لَمْ يَرْضَ بِأَمَانَةِ غَيْرِهِ، فَيَكُونُ الأَوَّلُ مُتَعَدِّيًا بِالتَّسْلِيمِ وَالثَّانِي بِالْقَبْضِ فَيُخَيَّرُ بَيْنَهُمَا، غَيْرَ أَنَّهُ إِنْ ضَمَّنَ الأَوَّلَ لَمْ يَرْجِعْ عَلَى الثَّانِي لِأَنَّهُ مَلَكَهُ بِالضَّمَانِ فَظَهَرَ أَنَّهُ أَوْدَعَ مِلْكَ نَفْسِهِ، وَإِنْ ضَمَّنَ الثَّانِيَ رَجَعَ عَلَى الأَوَّلِ

قوله: فَحَفِظَهَا فِي بَيْتٍ آخَرَ مِنَ الدَّارِ لَمْ يَضْمَنْ، وهذا استحسانٌ، وفي القياس يضمنُ لأنَّ البيتين قد يتفاوتان في الحرز بأن يكون ظهر أحدهما إلى السُّكَّة فيتمكَّن السارقُ من الأخذ منه ما لا يتمكَّن من البيت الآخر فيفيد الشرط وقد خالفه فيضمن.

قوله: لَا يَتَفَاوَتَانِ فِي الحِرْزِ، كما إذا قال له: احفظها في هذا الجانب من البيت، فحفظها في الجانب الآخر، أو قال: احفظها في هذا الصندوق، فحفظها في صندوقٍ آخر.

لِأَنَّهُ عَامِلٌ لَهُ فَيَرْجِعُ عَلَيْهِ بِمَا لَحِقَهُ مِنَ العُهْدَةِ، وَلَهُ أَنَّهُ قَبَضَ المَالَ مِنْ يَدِ أَمِينٍ لِأَنَّهُ بِالدَّفْعِ لَا يَضْمَنُ مَا لَمْ يُفَارِقْهُ لِحُضُورِ رَأْيِهِ فَلَا تَعَدِّيَ مِنْهُمَا فَإِذَا فَارَقَهُ فَقَدْ تَرَكَ الحِفْظَ المُلْتَزَمَ فَيَضْمَنُهُ بِذَلِكَ، وَأَمَّا الثَّانِي فَمُسْتَمِرٌّ عَلَى الحَالَةِ الأُولَىٰ وَلَمْ يُوجَدْ مِنْهُ صُنْعٌ فَلَا يَضْمَنُهُ كَالرِّيحِ إِذَا أَلْقَتْ فِي حِجْرِهِ ثَوْبَ غَيْرِهِ.

قَالَ: (وَمَنْ كَانَ فِي يَدِهِ أَلْفٌ فَادَّعَاهُ رَجُلَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنَّهَا لَهُ أَوْدَعَهَا إِيَّاهُ وَأَبَىٰ أَنْ يَحْلِفَ لَهُمَا فَالْأَلْفُ بَيْنَهُمَا وَعَلَيْهِ أَلْفٌ أُخْرَىٰ بَيْنَهُمَا) وَشَرْحُ ذَٰلِكَ أَنَّ دَعْوَىٰ كُلِّ وَاحِدٍ صَحِيحَةٌ لِاحْتِمَالِهَا الصِّدْقَ فَيَسْتَحِقُّ الحَلِفَ عَلَى المُنْكِرِ بِالْحَدِيثِ وَيَحْلِفُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى الِانْفِرَادِ لِتَغَايُرِ الحَقَّيْنِ، وَبِأَيِّهِمَا بَدَأَ القَاضِي جَازَ لِتَعَذُّرِ الجَمْعِ بَيْنَهُمَا وَعَدَمِ الأَوْلَوِيَّةِ. وَلَوْ تَشَاحَّا أَقْرَعَ بَيْنَهُمَا تَطْيِيبًا لِقَلْبِهِمَا وَنَفْيًا لِتُهْمَةِ

قوله: وَلَمْ يُوجَدْ مِنْهُ صُنْعٌ فَلَا يَضْمَنُهُ كَالرِّيحِ إِذَا أَلْقَتْ فِي حِجْرِهِ ثَوْبَ غَيْرِهِ، فإن قيل: الأوَّل إنَّما يصيرُ مضيعـًا بالمفارقة، فإذا ضمن الأول بالتَّرك عند الثاني كان من ضرورته أن يضمن الثاني؟ قلنا: ربُّ المال لو قال: أذنتُ لكَ أن تدفعه إلىٰ فلانٍ، لكن بشرط أن لا تفارقه ففارقه ضمن الأوَّل دون الثاني، وهذا تقديرُ مسئلتنا فصار الثاني مودعـًا منفردًا في حقِّ نفسه، لأنه لمَّا لم يصير نفس الإيداع خيانةً بل صار داخلًا في ولايته حال حضرته حَصَلت الوديعة في يد الثاني أمانةً فلا يضمنُ بالإمساك.

قوله: صَحِيحَةٌ، أي علىٰ سبيل الانفراد دون الاجتماع لاستحالة أن يكون الألف الواحد مودعـًا من اثنين بكماله.

المَيْلِ، ثُمَّ إنْ حَلَفَ لِأَحَدِهِمَا يَحْلِفُ لِلثَّانِي، فَإِنْ حَلَفَ فَلَا شَيْءَ لَهُمَا لِعَدَمِ الحُجَّةِ، وَإِنْ نَكَلَ أَعْنِي لِلثَّانِي يَقْضِي لَهُ لِوُجُودِ الحُجَّةِ، وَإِنْ نَكَلَ لِلْأَوَّلِ يَحْلِفُ لِلثَّانِي وَلَا يَقْضِي بِالنُّكُولِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَقَرَّ لِأَحَدِهِمَا لِأَنَّ الإِقْرَارَ حُجَّةٌ مُوجِبَةٌ بِنَفْسِهِ فَيَقْضِي بِهِ، أَمَّا النُّكُولُ إِنَّمَا يَصِيرُ حُجَّةً عِنْدَ القَضَاءِ فَجَازَ أَنْ يُؤَخِّرَهُ لِيَحْلِفَ لِلثَّانِي فَيَنْكَشِفَ وَجْهُ القَضَاءِ، وَلَوْ نَكَلَ لِلثَّانِي أَيْضًا يَقْضِي بِهَا بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ عَلَىٰ مَا ذُكِرَ فِي الكِتَابِ لِاسْتِوَائِهِمَا فِي الحُجَّةِ، كَمَا إِذَا أَقَامَا البَيِّنَةَ وَيَغْرَمُ أَلْفًا أُخْرَىٰ بَيْنَهُمَا لِأَنَّهُ أَوْجَبَ الحَقَّ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِبَذْلِهِ أَوْ بِإِقْرَارِهِ وَذٰلِكَ حُجَّةٌ فِي حَقِّهِ،

قوله: وَإِنْ نَكَلَ أَعْنِي لِلثَّانِي، أي بعد ما حالَفَ الأوَّل.

قوله: وَلَا يَقْضِي بِالنُّكُولِ، لأنَّ من حجة الآخر أن يقول: لو بدأت لي بالاستحلاف لكان ينكلُ أيضـًا.

قوله: أَمَّا النُّكُولُ إِنَّمَا يَصِيرُ حُجَّةً عِنْدَ القَضَاءِ، ولهذا لو نكل ثمَّ حلف لا يلزمه شيءٌ.

قوله: فَيَنْكَشِفَ وَجْهُ القَضَاءِ، بأنه يقضىٰ بالألف لهما أو لأحدهما، لأنه لو حَلَفَ للثانِي فلا شيءَ له والألف كله للأوَّل، ولو نكل للثانِي أيضـًا كان الألف بينهما، فلذا يتوقَّف في القضاء حتَّىٰ يظهر وجه القضاء.

قوله: لِأَنَّهُ، أي لأنَّ المودع المنكر، بِبَذْلِهِ، أي عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، أَوْ بِإِقْرَارِهِ، أي عندهما.

قوله: وَذٰلِكَ حُجَّةٌ فِي حَقِّهِ، أي في حقِّ المودع المنكر.

وَبِالصَّرْفِ إِلَيْهِمَا صَارَ قَاضِيًا نِصْفَ حَقِّ كُلِّ وَاحِدٍ بِنِصْفِ حَقِّ الآخَرِ فَيَغْرَمُهُ، فَلَوْ قَضَى القَاضِي لِلْأَوَّلِ حِينَ نَكَلَ ذَكَرَ الإِمَامُ عَلِيٌّ البَزْدَوِيُّ فِي شَرْحِ الجَامِعِ الصَّغِيرِ أَنَّهُ يَحْلِفُ لِلثَّانِي وَإِذَا نَكَلَ يَقْضِي بِهَا بَيْنَهُمَا لِأَنَّ القَضَاءَ لِلْأَوَّلِ لَا يُبْطِلُ حَقَّ الثَّانِي لِأَنَّهُ يُقَدِّمُهُ إِمَّا بِنَفْسِهِ أَوْ بِالْقُرْعَةِ وَكُلُّ ذٰلِكَ لَا يُبْطِلُ حَقَّ الثَّانِي. وَذَكَرَ الخَصَّافُ أَنَّهُ يَنْفُذُ قَضَاؤُهُ لِلْأَوَّلِ، وَوَضَعَ المَسْأَلَةَ فِي العَبْدِ وَإِنَّمَا نَفَذَ لِمُصَادَفَتِهِ مَحَلَّ الاِجْتِهَادِ لِأَنَّ مِنَ العُلَمَاءِ مَنْ قَالَ يَقْضِي لِلْأَوَّلِ وَلَا يَنْتَظِرُ لِكَوْنِهِ إِقْرَارَ دَلَالَةٍ ثُمَّ لَا يَحْلِفُ لِلثَّانِي مَا هٰذَا العَبْدُ لِي لِأَنَّ نُكُولَهُ لَا يُفِيدُ بَعْدَمَا صَارَ لِلْأَوَّلِ، وَهَلْ يُحَلِّفُهُ بِاللهِ مَا لِهٰذَا عَلَيْك هٰذَا العَبْدُ وَلَا قِيمَتُهُ وَهُوَ كَذَا وَكَذَا وَلَا أَقَلَّ مِنْهُ. قَالَ: يَنْبَغِي أَنْ يُحَلِّفَهُ عِنْدَ مُحَمَّدٍ - رَحِمَهُ اللهُ - خِلَافًا لِأَبِي يُوسُفَ بِنَاءً عَلَىٰ أَنَّ المُودَعَ إِذَا أَقَرَّ بِالْوَدِيعَةِ وَدَفَعَ بِالْقَضَاءِ إِلَىٰ غَيْرِهِ يَضْمَنُهُ عِنْدَ مُحَمَّدٍ خِلَافًا لَهُ وَهٰذِهِ فُرَيْعَةُ تِلْكَ المَسْأَلَةِ

قوله: بِنَاءً عَلَىٰ أَنَّ المُودَعَ إِذَا أَقَرَّ بِالْوَدِيعَةِ وَدَفَعَ بِالْقَضَاءِ إِلَىٰ غَيْرِهِ يَضْمَنُهُ عِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ، إذا أقرَّ بالوديعة لزيدٍ ثمَّ قال: لا بل أوْدَعنيه فلانٌ آخر قضىٰ للأوَّل لأنَّ الثاني رجوعٌ، فإن دفعه إلى الأوَّل بغير قضاءٍ ضمن، وإن دفعه بقضاءٍ فكذلك عند محمد رحمه الله تعالىٰ، لأنه مقرٌّ بلزوم الحفظ للثاني ثمَّ عرضه للتلف بإقراره، وعند أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ لا يضمن لأنَّ القبضَ كان بإذن والدفع بإكراه القاضي، ووجه البناء علىٰ هذه المسئلة أنَّ الإقرار بالوديعة للثاني بعد ما استحقه الأوَّل بإقراره الأوَّل لمَّا كان مفيدًا لوجوب الضمان للمقرِّ له للثاني عند محمد رحمه الله

وَقَدْ وَقَعَ فِيهِ بَعْضُ الإِطْنَابِ وَاللهُ أَعْلَمُ.

تعالىٰ ينبغي أن يحلفه للثانِي، وإن استحقه الأوَّلُ في مسئلة الكتاب عند محمد رحمه الله تعالىٰ، لأنَّ فائدة الحلف النكول وهو الإقرار، والإقرار للثانِي مفيدٌ للضمان له، وعند أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ لا يحلف لأنه لا يضمن بالإقرار عنده، فكذا بالنكول فلا فائدةَ للتحليف، والله تعالىٰ أعلم.

❊ ❊ ❊

كِتَابُ العَارِيَّةِ

قَالَ: (الْعَارِيَّةُ جَائِزَةٌ) ؛ لِأَنَّهَا نَوْعُ إِحْسَانٍ، وَقَدِ «اسْتَعَارَ النَّبِيُّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - دُرُوعًا مِنْ صَفْوَانَ» (وَهِيَ تَمْلِيكُ المَنَافِعِ بِغَيْرِ عِوَضٍ) وَكَانَ الكَرْخِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ - يَقُولُ: هُوَ إِبَاحَةُ الِانْتِفَاعِ بِمِلْكِ الغَيْرِ، لِأَنَّهَا تَنْعَقِدُ بِلَفْظَةِ الإِبَاحَةِ، وَلَا يُشْتَرَطُ فِيهَا ضَرْبُ المُدَّةِ،

كتاب العارِيَّة

في الصحاح: العاريَّة بالتشديد كأنَّها منسوبة إلى العار لأنَّ طلبها عارٌ وعيبٌ، وفي المغرب: العارية: فعليةٌ منسوبةٌ إلى العارة اسم من الإعارة، كالغارة من الإغارة، وأخذها من العار العيب أو العري خطأ، وفي المبسوط: وقيل هيَ مشتقة من التَّعاوُر وهو التناوب، فكأنَّه يجعل للغير نوبةً في الانتفاع بملكه علىٰ أن تعود النوبة إليه بالاسترداد متىٰ شاء، ولهذا كانت الإعارة في المكيل والموزون قرضًا لأنه لا ينتفع بِهما إلَّا باستهلاك العين ولا تعودُ النوبةُ إليه في ملك العين لتكون عاريةً حقيقةً، وإنَّما تعود النوبةُ إليه في مثلها.

قوله: وَلَا يُشْتَرَطُ فِيهَا ضَرْبُ المُدَّةِ، أي إعلام مقدار المنفعة ببيان المدَّة، والمنافعُ لا تصير معلومةً إلَّا بذكر المدَّة، ومع الجهالة لا يصحُّ التمليك كما في الإجارة، وكذلك يعمل فيه النهي، أي يبطل الإعارة بالنهي، ولو كانت تمليكًا لَمَا بطلت بالنهي، كالهبة والإجارة، ولا يملك المستعيرُ الإجارةَ من غيره، ومن ملك شيئًا بغير عوضٍ يملكُ تمليكه من غيره بعوضٍ وبغير عوضٍ كالموهوبُ له.

وَمَعَ الجَهَالَةِ لَا يَصِحُّ التَّمْلِيكُ وَلِذٰلِكَ يَعْمَلُ فِيهَا النَّهْيُ، وَلَا يَمْلِكُ الإِجَارَةَ مِنْ غَيْرِهِ، وَنَحْنُ نَقُولُ: إِنَّهُ يُنْبِئُ عَنِ التَّمْلِيكِ، فَإِنَّ العَارِيَّةَ مِنَ العَرِيَّةِ وَهِيَ العَطِيَّةِ وَلِهٰذَا تَنْعَقِدُ بِلَفْظِ التَّمْلِيكِ، وَالْمَنَافِعُ قَابِلَةٌ لِلْمِلْكِ كَالْأَعْيَانِ. وَالتَّمْلِيكُ نَوْعَانِ: بِعِوَضٍ، وَبِغَيْرِ عِوَضٍ. ثُمَّ الأَعْيَانُ تَقْبَلُ النَّوْعَيْنِ، فَكَذَا المَنَافِعُ، وَالْجَامِعُ دَفْعُ الحَاجَةِ، وَلَفْظَةُ الإِبَاحَةِ أُسْتُعِيرَتْ لِلتَّمْلِيكِ، كَمَا فِي الإِجَارَةِ، فَإِنَّهَا تَنْعَقِدُ بِلَفْظَةِ الإِبَاحَةِ، وَهِيَ تَمْلِيكٌ. وَالْجَهَالَةُ لَا تُفْضِي إِلَى المُنَازَعَةِ؛ لِعَدَمِ اللُّزُومِ فَلَا تَكُونُ ضَائِرَةً. وَلِأَنَّ المِلْكَ يَثْبُتُ بِالْقَبْضِ وَهُوَ الِانْتِفَاعُ. وَعِنْدَ ذٰلِكَ لَا جَهَالَةَ، وَالنَّهْيُ مَنَعَ عَنِ التَّحْصِيلِ فَلَا يَتَحَصَّلُ المَنَافِعَ عَلَىٰ مِلْكِهِ. وَلَا يَمْلِكُ الإِجَارَةَ

قوله: فَإِنَّ العَارِيَّةَ مِنَ العَرِيَّةِ وَهِيَ العَطِيَّةِ، هذا يخالفُ ما ذكر في المغرب، إلا أن يريد به المشاركة في أكثر الحروف، ولهذا تنعقد بلفظة التمليك، فإنَّ من قال لغيره: ملكتك منافع هذا العين شهرًا، كانت إعارةً.

قوله: وَلَفْظَةُ الإِبَاحَةِ أُسْتُعِيرَتْ لِلتَّمْلِيكِ، إلىٰ آخره، جوابٌ عن قول الكرخي.

قوله: وَالْجَامِعُ دَفْعُ الحَاجَةِ، فإن قلتَ: الحاجةُ تندفع بالإباحة، قلتُ: لعلَّ حاجته إلى انتفاع الغير أيضاً.

قوله: وَعِنْدَ ذٰلِكَ، أي عند الانتفاع بالعارية.

قوله: وَالنَّهْيُ مَنَعَ عَنِ التَّحْصِيلِ، أي رجوعٌ عن تمليك المنافع والرجوعُ عنه قبل اتصال الملك به يصحُّ.

لِدَفْعِ زِيَادَةِ الضَّرَرِ عَلَىٰ مَا نَذْكُرُهُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَىٰ.

قَالَ: (وَتَصِحُّ بِقَوْلِهِ أَعَرْتُكَ)؛ لِأَنَّهُ صَرِيحٌ فِيهِ (وَأَطْعَمْتُكَ هٰذِهِ الأَرْضَ)؛ لِأَنَّهُ مُسْتَعْمَلٌ فِيهِ (وَمَنَحْتُكَ هٰذَا الثَّوْبَ وَحَمَلْتُكَ عَلَىٰ هٰذِهِ الدَّابَّةِ إِذَا لَمْ يُرِدْ بِهِ الهِبَةَ)؛ لِأَنَّهُمَا لِتَمْلِيكِ العَيْنِ، وَعِنْدَ عَدَمِ إِرَادَتِهِ الهِبَةَ تُحْمَلُ عَلَىٰ تَمْلِيكِ المَنَافِعِ تَجَوُّزًا.

قوله: لِدَفْعِ زِيَادَةِ الضَّرَرِ، أي لا يملك المستعير أن يؤاجر المستعار، لأنَّ الإجارة ما وضعت في الشرع إلَّا لازمةً، وفي ذلك سدُّ باب الاسترداد فيتضرَّر به المعير.

قوله: وَأَطْعَمْتُكَ هٰذِهِ الأَرْضَ؛ لِأَنَّهُ مُسْتَعْمَلٌ فِيهِ، أي بطريق المجاز، لأنَّ عين الأرض لا تطعم فيراد به ما يخرج فيها إطلاقًا لاسم المحلِّ على الحال.

قوله: لِأَنَّهُمَا لِتَمْلِيكِ العَيْنِ، لأنَّ معنىٰ قوله: منحتك، أعطيتك، والمنحة والمنيحة الشاة أو الناقة الممنوحة من المنح، وهو أن يعطي الرجلُ الرجلَ ناقةً أو شاةً ليشرب لبنها ثمَّ يردها إذا ذهب درها، ثمَّ كثر استعماله حتَّىٰ قيل في كل ما أعطي منح، ويُقال: حمل الأمير فلانًا، ويراد به التمليك، وفي الكافي للعلامة النسفي رحمه الله تعالىٰ: وقوله في البداية: وَمَنَحْتُكَ هٰذَا الثَّوْبَ وَحَمَلْتُكَ عَلَىٰ هٰذِهِ الدَّابَّةِ إِذَا لَمْ يُرِدْ بِهِ الهِبَةَ؛ لِأَنَّهُمَا لِتَمْلِيكِ العَيْنِ، وَعِنْدَ عَدَمِ إِرَادَتِهِ الهِبَةَ تُحْمَلُ عَلَىٰ تَمْلِيكِ المَنَافِعِ تَجَوُّزًا، مشكلٌ من وجوهٍ: أحدها: أنه قال: إذا لم يرد به الهبة، وكان ينبغي أن يقول: إذا لم يرد بِهما، بدليل التعليل، ويمكن أن يجاب عنه بأنَّ الضمير يرجع إلى المذكور كقوله تعالىٰ: ﴿عَوَانٌۢ بَيْنَ ذَٰلِكَ﴾ [البقرة: ٦٨]، وثانيها: أنه جعل هذين اللفظين حقيقةً لتمليك العين ومجازًا لتمليك المنفعة، ثمَّ ذكر في كتاب الهبة في بيان ألفاظها: وحملتك علىٰ هذه الدابة إذا نوىٰ بالحملان الهبة، وعلَّل بأنَّ الحمل هو الإركاب حقيقةً فيكون عاريةً لكنه يحتمل الهبة،

قَالَ: (وَأَخْدَمْتُكَ هٰذَا العَبْدَ) ؛ لِأَنَّهُ أَذِنَ لَهُ فِي اسْتِخْدَامِهِ (وَدَارِي لَك سُكْنَىٰ) ؛ لِأَنَّ مَعْنَاهُ سُكْنَاهَا لَك (وَدَارِي لَكَ عُمْرَىٰ سُكْنَىٰ) ؛ لِأَنَّهُ جَعَلَ سُكْنَاهَا لَهُ مُدَّةَ عُمُرِهِ. وَجَعَلَ قَوْلُهُ سُكْنَىٰ تَفْسِيرًا لِقَوْلِهِ لَكَ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ تَمْلِيكَ المَنَافِعِ فَحُمِلَ عَلَيْهِ بِدَلَالَةِ آخِرِهِ.

قَالَ: (وَلِلْمُعِيرِ أَنْ يَرْجِعَ فِي العَارِيَّةِ مَتَىٰ شَاءَ) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «الْمِنْحَةُ مَرْدُودَةٌ وَالْعَارِيَّةُ مُؤَدَّاةٌ» وَلِأَنَّ المَنَافِعَ تُمْلَكُ شَيْئًا فَشَيْئًا عَلَىٰ حَسَبِ حُدُوثِهَا فَالتَّمْلِيكُ فِيمَا لَمْ يُوجَدْ لَمْ يَتَّصِلْ بِهِ القَبْضُ فَيَصِحُّ الرُّجُوعُ عَنْهُ.

وثالثها: أنَّهما لمَّا كانا لتمليك العين حقيقةً والحقيقة تراد باللفظ بلا نيةٍ، فعند عدم إرادة الهبة لا يحمل علىٰ تمليك المنفعة بل على الهبة، وفي المستصفىٰ شرح النافع: قلنا جاز أن يكونا لتمليك العين حقيقةً ولتمليك المنفعة مجازًا، وإلىٰ هذا مال صاحب الهداية في كتاب العارية، فيكون التقدير: إذا لم يرد به الهبة وأراد به العارية، ويحتملُ أن يكونا لتمليك المنفعة حقيقةً ولتمليك العين مجازًا، وإليه أشار فخر الإسلام رحمه الله تعالىٰ في مبسوطه، وصاحب الهداية في كتاب الهبة، ويكون قوله: إذا لم يرد به الهبة للتأكيد، ويحتمل أن يكون المعنيان حقيقيًا لهما، وإنَّما يرجح أحدهما لأنه أدنى الأمرين فيحمل عليه للتيقُّن به.

قوله: المِنْحَةُ مَرْدُودَةٌ، المنحة نوع من العارية وهيَ أن يعطي الرجل شاةً أو ناقةً أو بقرةً ليشرب لبنها ثمَّ يرد الشاة أو غيرها إلى المالك، وقوله: مَرْدُودَةٌ، أي مستحقة الرد، والمستحق بجهة كالمصروف إليه، فلكونها مستحقة الرد جعلها كالمردودة، وقال: المِنْحَةُ مَرْدُودَةٌ.

قَالَ: (وَالْعَارِيَّةُ أَمَانَةٌ إِنْ هَلَكَتْ مِنْ غَيْرِ تَعَدٍّ لَمْ يَضْمَنْ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَضْمَنُ؛ لِأَنَّهُ قَبَضَ مَالَ غَيْرِهِ لِنَفْسِهِ لَا عَنِ اسْتِحْقَاقٍ فَيَضْمَنُهُ، وَالْإِذْنُ ثَبَتَ ضَرُورَةَ الِانْتِفَاعِ فَلَا يَظْهَرُ فِيمَا وَرَاءَهُ، وَلِهٰذَا كَانَ وَاجِبَ الرَّدِّ

قوله: وَالْعَارِيَّةُ أَمَانَةٌ إِنْ هَلَكَتْ مِنْ غَيْرِ تَعَدٍّ لَمْ يَضْمَنْ، سواءٌ هلكت من استعماله أو لا من استعماله، وهو قولُ عمر وعلي وابن مسعود رضي الله تعالىٰ عنهم، وقال الشافعي رحمه الله تعالىٰ: إن هلكت من الاستعمال المعتاد لم يضمن، وإن هلكت لا في حال الانتفاع يضمن، وهو قول ابن عباس وأبي هريرة رضي الله تعالىٰ عنهم، لقوله عليه الصلاة والسلام: «العارية مضمونةٌ» واستعارَ رسول الله عليه الصلاة والسلام دروعًا من صفوان فقال له: أَ غصبًا يا محمد؟ فقال: «لا بل عاريةً مضمونةً مؤدَّاةً»، وكتب في عهد بني نجران وما يعار الرسل فهلكت في أيديهم فضمانُها علىٰ رسلي، وقال عليه الصلاة والسلام: «على اليد ما أخذتَ حتى ترد»، والأخذ إنَّما يطلق في موضعٍ يأخذ المرء لمنفعة نفسه، وذلك موجودٌ في العارية لأنَّ المستعير يأخذه لينتفع به لا ليكون نائبًا عن المعير فيه، ولنا قوله عليه الصلاة والسلام: «ليسَ على المستعير غير المغلِّ ضمانٌ» نفى الضمان عن المستعير عند عدم الخيانة، والمعنى فيه أنه قبض العين للانتفاع بِها بإذنٍ صحيحٍ فلا تكون مضمونةً عليه كالمستأجر، وتأثيره أنَّ وجوب الضمان يكون للجبران وذلك لا يتحقق إلا بعد تفويت شيءٍ على المالك وبالإذن الصحيح ينعدم التفويت، ألا ترىٰ أنَّ القبض في كونه موجبًا للضمان لا يكون فوق الإتلاف، ثمَّ الإتلاف بالإذن لا يكون موجبًا للضمان فالقبض أوْلىٰ، أمَّا الجواب عمَّا تمسَّك به الخصم فقوله عليه الصلاة والسلام: «العارية مضمونةٌ» أي ضمان الرد بأنه جعل الضمان صفةً للعين علىٰ وجه الخبر وحقيقة ذلك في ضمان الردِّ، وقوله: مؤدَّاة، تفسير لذلك كما يقال: فلانٌ عالمٌ فقيهٌ، يعلم باللفظ الثانِي أنَّ المراد بالعلم الأول علم الفقه، وحديث صفوان فقد قيل أنه أخذ تلك الدروع بغير رضائه،

وَصَارَ كَالْمَقْبُوضِ عَلَىٰ سَوْمِ الشِّرَاءِ. وَلَنَا أَنَّ اللَّفْظَ لَا يُنْبِئُ عَنِ الِتزَامِ الضَّمَانِ؛ لِأَنَّهُ لِتَمْلِيكِ المَنَافِعِ بِغَيْرِ عِوَضٍ أَوْ لِإِبَاحَتِهَا، وَالْقَبْضُ لَمْ يَقَعْ تَعَدِّيًا لِكَوْنِهِ مَأْذُونًا فِيهِ، وَالْإِذْنُ وَإِنْ ثَبَتَ لِأَجْلِ الِانْتِفَاعِ فَهُوَ مَا قَبَضَهُ إِلَّا لِلِانْتِفَاعِ فَلَمْ يَقَعْ تَعَدِّيًا، وَإِنَّمَا وَجَبَ الرَّدُّ مُؤْنَةً كَنَفَقَةِ المُسْتَعَارِ فَإِنَّهَا عَلَى المُسْتَعِيرِ لَا لِنَقْضِ القَبْضِ. وَالْمَقْبُوضُ عَلَىٰ سَوْمِ الشِّرَاءِ مَضْمُونٌ بِالْعَقْدِ؛ لِأَنَّ الأَخْذَ فِي العَقْدِ لَهُ حُكْمُ العَقْدِ عَلَىٰ مَا

وقد دلَّ عليه «أ غصبًا يا محمد» إلَّا أنه كان محتاجًا إلى السلاح فكان الأخذ له حلالاً لكن بشرط الضمان، كمن أصابته مخمصةٌ له أن يتناول مال الغير بشرط الضمان، وقيل المراد به ضمان العين، وقيل كان هذا من رسول الله عليه الصلاة والسلام اشتراط الضمان علىٰ نفسه، والمستعير وإن كان لا يضمن بالشرط علىٰ ما ذكره في المنتقىٰ ولكن صفوان يومئذٍ كان حربيًا، ويجوز بين المسلم والحربيِّ من الشرائط ما لا يجوز بين المسلمين، وقوله عليه الصلاة والسلام: «وما يُعار رسلي فهلكت علىٰ أيديهم» أي استهلكوها لأنه يقال: هلكَ في يده، إذا كان بغير صنعه، وعلىٰ يده إذا استهلكه، وقوله عليه الصلاة والسلام: «على اليد ما أخذت حتى تردّ» يقتضي وجوب ردِّ العين، ولا كلامَ فيه إنَّما الكلام في ضمان القسمة بعد هلاك العين.

قوله: وَإِنَّمَا وَجَبَ الرَّدُّ مُؤْنَةً، جوابٌ عن قول الشافعي رحمه الله تعالىٰ أنَّ قبضه يوجبُ ضمان الردِّ حال قيام العين لنقض القبض، فيوجب ضمان القيمة حالَ هلاكه كالغصب، فأجاب أنَّ ضمان الردِّ عليه إنَّما كان لأنَّ منفعة القبض والنقل حصلت له، كنفقة المستعار فإنَّها على المستعير لا لنقض القبض، والضمان في المقبوض علىٰ سوم الشراء لا يلزم بالقبض نفسه، ولكن بالقبض بجهة الشراء إذ القبض بحقيقة الشراء مضمونٌ

عُرِفَ فِي مَوْضِعِهِ.

قَالَ: (وَلَيْسَ لِلْمُسْتَعِيرِ أَنْ يُؤَاجِرَ مَا اسْتَعَارَهُ؛ فَإِنْ آجَرَهُ فَعَطِبَ ضَمِنَ)؛ لِأَنَّ الإِعَارَةَ دُونَ الإِجَارَةِ وَالشَّيْءُ لَا يَتَضَمَّنُ مَا هُوَ فَوْقَهُ، وَلِأَنَّا لَوْ صَحَّحْنَاهُ لَا يَصِحُّ إِلَّا لَازِمًا؛ لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ يَكُونُ بِتَسْلِيطٍ مِنَ المُعِيرِ، وَفِي وُقُوعِهِ لَازِمًا زِيَادَةُ ضَرَرٍ بِالْمُعِيرِ لِسَدِّ بَابِ الِاسْتِرْدَادِ إِلَى انْقِضَاءِ مُدَّةِ الإِجَارَةِ فَأَبْطَلْنَاهُ، وَضَمِنَهُ حِينَ سَلَّمَهُ؛ لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ تَتَنَاوَلْهُ العَارِيَّةُ كَانَ غَصْبًا، وَإِنْ شَاءَ المُعِيرُ ضَمَّنَ المُسْتَأْجِرَ؛ لِأَنَّهُ قَبَضَهُ بِغَيْرِ إِذْنِ المَالِكِ لِنَفْسِهِ، ثُمَّ إِنْ ضَمِنَ المُسْتَعِيرُ لَا يَرْجِعُ عَلَى المُسْتَأْجِرِ؛ لِأَنَّهُ ظَهَرَ أَنَّهُ آجَرَ مِلْكَ نَفْسِهِ، وَإِنْ ضَمِنَ المُسْتَأْجِرُ يَرْجِعُ عَلَى المُؤَاجِرِ إِذَا لَمْ يَعْلَمْ أَنَّهُ كَانَ عَارِيَّةً فِي يَدِهِ دَفْعًا لِضَرَرِ الغُرُورِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا عَلِمَ.

بالعقد فكذا بجهته.

قوله: وَلِأَنَّا لَوْ صَحَّحْنَاهُ لَا يَصِحُّ إِلَّا لَازِمًا، فإن قيل: كان ينبغي أن يملك المستعير الإجارةَ لأنه مالكٌ للمنفعة ولا ينقطع حقُّ المعير في الاسترداد بل يصير قيام حقِّ المعير في الاسترداد عذرًا في نقض الإجارة، قلنا: لو ملك المستعير الإجارةَ كان من مقتضيات عقد المعير وكان صحة العقد بتسليطه فلا يتمكن من نقضه بعد ذلك.

قوله: بِخِلَافِ مَا إِذَا عَلِمَ، يعني إذا عَلِمَ بكونِها عاريةً في يده لم يرجع عليه لأنه لم يوجد الغرور.

قَالَ: (وَلَهُ أَنْ يُعِيرَهُ إِذَا كَانَ مِمَّا لَا يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْمُسْتَعْمِلِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَيْسَ لَهُ أَنْ يُعِيرَهُ؛ لِأَنَّهُ إِبَاحَةُ الْمَنَافِعِ عَلَىٰ مَا بَيَّنَّا مِنْ قَبْلُ، وَالْمُبَاحُ لَهُ لَا يَمْلِكُ الإِبَاحَةَ، وَهٰذَا؛ لِأَنَّ الْمَنَافِعَ غَيْرُ قَابِلَةٍ لِلْمِلْكِ لِكَوْنِهَا مَعْدُومَةً، وَإِنَّمَا جَعَلْنَاهَا مَوْجُودَةً فِي الإِجَارَةِ لِلضَّرُورَةِ. وَقَدْ انْدَفَعَتْ بِالْإِبَاحَةِ هَاهُنَا. وَنَحْنُ نَقُولُ: هُوَ تَمْلِيكُ الْمَنَافِعِ عَلَىٰ مَا ذَكَرْنَا فَيَمْلِكُ الإِعَارَةَ كَالْمُوصَىٰ لَهُ بِالْخِدْمَةِ، وَالْمَنَافِعُ اُعْتُبِرَتْ قَابِلَةً لِلْمِلْكِ فِي الإِجَارَةِ فَتُجْعَلُ كَذٰلِكَ فِي الإِعَارَةِ دَفْعًا لِلْحَاجَةِ، وَإِنَّمَا لَا تَجُوزُ فِيمَا يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْمُسْتَعْمِلِ دَفْعًا لِمَزِيدِ الضَّرَرِ عَنِ الْمُعِيرِ؛ لِأَنَّهُ رَضِيَ بِاسْتِعْمَالِهِ لَا بِاسْتِعْمَالِ غَيْرِهِ. قَالَ الْعَبْدُ الضَّعِيفُ: وَهٰذَا إِذَا صَدَرَتِ الإِعَارَةُ مُطْلَقَةً. وَهِيَ عَلَىٰ أَرْبَعَةِ أَوْجُهٍ: أَحَدُهَا: أَنْ تَكُونَ

قوله: وَلَهُ أَنْ يُعِيرَهُ إِذَا كَانَ مِمَّا لَا يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْمُسْتَعْمِلِ، كالحمل والاستخدام والسكنىٰ والزراعة.

قوله: وَإِنَّمَا لَا تَجُوزُ فِيمَا يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْمُسْتَعْمِلِ، هذا جوابٌ لسؤالٍ مقدَّرٍ وهو أن يقال: أنَّ العارية لو كانت تمليك المنفعة لَمَا تفاوت الحكم في صحة إعارة المستعير بين ما يختلف باختلاف المستعمل وبين ما لا يختلف كالمالك.

قوله: دَفْعًا لِمَزِيدِ الضَّرَرِ عَنِ الْمُعِيرِ، يعني يحتملُ أن يكون فعل الثاني أضرَّ وهو لم يرض بذلك.

قوله: وَهٰذَا إِذَا صَدَرَتِ الإِعَارَةُ مُطْلَقَةً، أي ولاية الإعارة للمستعير إذا صدرت الإعارة مطلقةً عن الوقت والانتفاع، وهو علىٰ أربعة أوجهٍ، وهذه القسمة علىٰ هذه

مُطْلَقَةً فِي الوَقْتِ وَالِانْتِفَاعِ وَلِلْمُسْتَعِيرِ فِيهِ أَنْ يَنْتَفِعَ بِهِ أَيَّ نَوْعٍ شَاءَ فِي أَيِّ وَقْتٍ شَاءَ عَمَلًا بِالْإِطْلَاقِ. وَالثَّانِي: أَنْ تَكُونَ مُقَيَّدَةً فِيهِمَا وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُجَاوِزَ فِيهِ مَا سَمَّاهُ عَمَلًا بِالتَّقْيِيدِ إِلَّا إِذَا كَانَ خِلَافًا إِلَىٰ مِثْلِ ذٰلِكَ أَوْ إِلَىٰ خَيْرٍ مِنْهُ وَالْحِنْطَةُ مِثْلُ الحِنْطَةِ، وَالشَّعِيرُ خَيْرٌ مِنَ الحِنْطَةِ إِذَا كَانَ كَيْلًا. وَالثَّالِثُ: أَنْ تَكُونَ مُقَيَّدَةً فِي حَقِّ الوَقْتِ مُطْلَقَةً فِي حَقِّ الِانْتِفَاعِ. وَالرَّابِعُ: عَكْسُهُ وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَتَعَدَّىٰ مَا سَمَّاهُ، فَلَوِ اسْتَعَارَ دَابَّةً وَلَمْ يُسَمِّ شَيْئًا لَهُ أَنْ يَحْمِلَ وَيُعِيرَ غَيْرَهُ لِلْحَمْلِ؛ لِأَنَّ الحَمْلَ لَا يَتَفَاوَتُ. وَلَهُ أَنْ يَرْكَبَ وَيُرْكِبَ غَيْرَهُ وَإِنْ كَانَ الرُّكُوبُ مُخْتَلِفًا؛ لِأَنَّهُ لَمَّا أُطْلِقَ

الأوجه الأربعة ضرورية، لأنَّ الشيئين وهما الإطلاق والتقييد دارا في الشيئين وهما الوقت والانتفاع، فكانت أربعة لا محالةَ، لأنه إمَّا أن تكون العارية مطلقةً في الوقت والانتفاع، أو مقيَّدةً فيهما، بأن قيَّدها بيومٍ ونصَّ علىٰ نوع منفعةٍ، أو مقيَّدةٍ في الوقت مطلقة في الانتفاع، أو على العكس.

قوله: وَالْحِنْطَةُ مِثْلُ الحِنْطَةِ، أي في حقِّ الحمل على الدابة، بأن استعار دابةً ليحمل عشرة مخاتيمَ من هذه الحنطة فحمل عليها حنطة غيره لا ضمانَ عليه، لأنَّ حنطته وحنطة غيره في الضرر سواءٌ، والخلاف إلى الخير نحو ما إذا شرطَ حمل الحنطة فحمل عليه الشعير، لأنَّ كيل الشعير أخفُّ وزنًا من كيل الحنطة لأنَّها أصْلَب من الشعير.

قوله: وَلَهُ أَنْ يَرْكَبَ وَيُرْكِبَ غَيْرَهُ، معناه إن شاء ركب بنفسه، وإن شاء أركب غيره، لا أنه يجمع بينهما، يدلُّ عليه قوله بعده: حتى لو ركب بنفسه لا يركب غيره.

قوله: لِأَنَّهُ لَمَّا أُطْلِقَ، يعني لمَّا لم يعين المنتفع يكون تعين المنتفع مفوّضًا إليه،

فِيهِ فَلَهُ أَنْ يُعَيِّنَ، حَتَّىٰ لَوْ رَكِبَ بِنَفْسِهِ لَيْسَ لَهُ أَنْ يُرْكِبَ غَيْرَهُ؛ لِأَنَّهُ تَعَيَّنَ رُكُوبُهُ، وَلَوْ أَرْكَبَ غَيْرَهُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَرْكَبَهُ حَتَّىٰ لَوْ فَعَلَهُ ضَمِنَهُ؛ لِأَنَّهُ تَعَيَّنَ الإِرْكَابُ.

قَالَ: (وَعَارِيَّةُ الدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ وَالْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ وَالْمَعْدُودِ قَرْضٌ)؛ لِأَنَّ الإِعَارَةَ تَمْلِيكُ المَنَافِعِ، وَلَا يُمْكِنُ الِانْتِفَاعُ بِهَا إِلَّا بِاسْتِهْلَاكِ

فإن شاء عيَّن نفسه، وإن شاء عيَّن غيره، وأيُّهما عيَّنه يتعيَّن، كما إذا عيَّنه المالك.

قوله: حَتَّىٰ لَوْ فَعَلَهُ ضَمِنَهُ؛ لِأَنَّهُ تَعَيَّنَ الإِرْكَابُ، وهذا اختيار فخر الإسلام رحمه الله تعالىٰ، وأمَّا علىٰ قول غيره فله أن يركبه بعد الإركاب، وذكر في الذخيرة في هذا الموضع: ولكن إنَّما يعير لغيره إذا لم يركب بنفسه أو لم يلبس بنفسه، أمَّا إذا ركب أو لبس بنفسه فقد اختلف المشايخ فيه، قال بعضهم: ليس له أن يعير، ولو أعار يضمن، وهذا اختيار الشيخ الإمام فخر الإسلام علي البزدوي، وقال بعضهم: له أن يعير، وإذا أعار لا يضمن، وهو اختيار شمس الأئمة وشيخ الإسلام رحمهما الله تعالىٰ، وكذلك في الابتداء لو أرْكَب غيره أو ألْبَس غيره ثمَّ أراد أن يركب أو يلبس بنفسه ففيه اختلاف المشايخ علىٰ نحو ما ذكرنا، والمستعير هل يملك الإيداع؟ قال بعض مشايخ العراق، وهو اختيار الفقيه أبي الليث والإمام أبي بكر محمد بن فضل رحمهما الله تعالىٰ: أنه يملك الإيداع، لأنه يملك الإعارة، والإيداعُ دونَها، وقال بعضهم: لا يملكُ، وهو الصحيح، لأنَّ الإعارة تمليك المنفعة والمنفعة مملوكةٌ له فكانت الإعارة تصرفًا في ملك نفسه قصدًا، وإنَّما يتحقق التصرف في ملك الغير وهو العين بالتسليم ضمنًا وضرورةً، ليمكن المستعير الثانِي من استيفاء المنفعة المملوكة، أمَّا الإيداع فتصرُّف في ملك الغير وهو العين قصدًا فلا يملكه، كذا في الأوضح.

عَيْنِهَا فَاقْتَضَىٰ تَمْلِيكُ العَيْنِ ضَرُورَةً وَذٰلِكَ بِالْهِبَةِ أَوْ بِالْقَرْضِ وَالْقَرْضُ أَدْنَاهُمَا فَيَثْبُتُ. أَوْ لِأَنَّ مِنْ قَضِيَّةِ الإِعَارَةِ الِانْتِفَاعَ وَرَدَّ العَيْنِ فَأُقِيمَ رَدُّ المِثْلِ مَقَامَهُ. قَالُوا: هٰذَا إِذَا أَطْلَقَ الإِعَارَةَ. وَأَمَّا إِذَا عَيَّنَ الجِهَةَ بِأَنِ اسْتَعَارَ دَرَاهِمَ لِيُعَايِرَ بِهَا مِيزَانًا أَوْ يُزَيِّنَ بِهَا دُكَّانًا لَمْ يَكُنْ قَرْضًا وَلَمْ يَكُنْ لَهُ إِلَّا المَنْفَعَةُ المُسَمَّاةُ، وَصَارَ كَمَا إِذَا اسْتَعَارَ آنِيَةً يَتَجَمَّلُ بِهَا أَوْ سَيْفًا مُحَلًّى يَتَقَلَّدُهُ.

قَالَ: (وَإِذَا اسْتَعَارَ أَرْضًا لِيَبْنِيَ فِيهَا أَوْ لِيَغْرِسَ فِيهَا جَازَ وَلِلْمُعِيرِ أَنْ يَرْجِعَ فِيهَا وَيُكَلِّفَهُ قَلْعَ البِنَاءِ وَالْغَرْسِ) أَمَّا الرُّجُوعُ فَلِمَا بَيَّنَّا، وَأَمَّا الجَوَازُ فَلِأَنَّهَا مَنْفَعَةٌ مَعْلُومَةٌ تُمْلَكُ بِالْإِجَارَةِ فَكَذَا بِالْإِعَارَةِ. وَإِذَا صَحَّ الرُّجُوعُ بَقِيَ المُسْتَعِيرُ شَاغِلًا أَرْضَ المُعِيرِ فَيُكَلَّفُ تَفْرِيغَهَا،

قوله: وَالْقَرْضُ أَدْنَاهُمَا، لكونه متيقنًا به، أو لأنَّ القرض أدناهما ضررًا، لأنه أقلُّ ضررًا على المعطي لأنه يوجب ردُّ المثل، بخلاف الهبة، وما هو أقلُّ ضررًا فهو الثابت يقينًا.

قوله: بِأَنِ اسْتَعَارَ دَرَاهِمَ لِيُعِيرَ بِهَا مِيزَانًا، الصواب: لِيُعَايِرَ، قال في المغرب: وقوله: استعار دراهم ليعير بِها صنجاته، أي ليسوِّي، ثمَّ قال: الصواب: ليعاير، يقال: عايرتُ المكائيل والموازين، إذا قايستها، وذلك بأن يكون الدراهم موزونةً بصنجة عدلٍ ولا توجد تلك الصنجة، فاستعار هذه الدارهم ليسوِّي الميزان بِها.

قوله: أَوْ يُزَيِّنَ بِهَا دُكَّانًا، بأن استعار دراهم كثيرة توضعُ على الدكان، حتى يظنُّ الناس غناه فيعاملوا معه.

ثُمَّ إِنْ لَمْ يَكُنْ وَقَّتَ العَارِيَّةَ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ المُسْتَعِيرَ مُغْتَرٌّ غَيْرُ مَغْرُورٍ حَيْثُ اعْتَمَدَ إِطْلَاقَ العَقْدِ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَسْبِقَ مِنْهُ الوَعْدُ وَإِنْ كَانَ وَقَّتَ العَارِيَّةَ وَرَجَعَ قَبْلَ الوَقْتِ صَحَّ رُجُوعُهُ لِمَا ذَكَرْنَاهُ وَلٰكِنَّهُ يُكْرَهُ لِمَا فِيهِ مِنْ خُلْفِ الوَعْدِ (وَضَمِنَ المُعِيرُ مَا نَقَصَ البِنَاءَ وَالْغَرْسَ بِالْقَلْعِ) ؛ لِأَنَّهُ مَغْرُورٌ مِنْ جِهَتِهِ حَيْثُ وَقَّتَ لَهُ، وَالظَّاهِرُ هُوَ الوَفَاءُ

قوله: ثُمَّ إِنْ لَمْ يَكُنْ وَقَّتَ العَارِيَّةَ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ المُسْتَعِيرَ مُغْتَرٌّ غَيْرُ مَغْرُورٍ، فإن قيل: هو مغرورٌ لأنه إن لم يوقت صريحًا لكن وقت دلالةً لأنَّ البناء والغرس للدوام فكانت الإعارة له توقيتًا، قلنا: قد يبني لمدَّةٍ قليلةٍ بأن يسكن شتَاء ثمَّ ينقض إذا جاء الصيف والشجر قد يغرس ثم يقلع بعد زمانٍ ليُباع كما هو العادة وهذا عندنا، وعند ابن أبي ليلىٰ البناء للمعير ويضمن قيمته لأنَّ دفع الضرر من الجانبين واجبٌ، وإنَّما يندفع بِهذا كالثوب إذا يصبغ بصبغ غيره وأراد صاحب الثوب أن يأخذه فإنه يضمن للصباغ قيمة صبغه، كذا هذا، قلنا: صاحبُ الأرض ما رضي به فلا يجوز المصير إليه بدون الضرورة، ولا ضرورة هنا لامكان تميز حقِّ كل واحدٍ منهما عن الآخر، بخلاف الثوب فإنه لا يمكن، ومع هذا لا يلزمه قيمة الصبغ بدون رضاه، وله أن يأتي التزام القيمة أيضًا حتى يباع الثوب، فكذا هنا لا يلزمه بدون رضاه.

قوله: وَضَمِنَ المُعِيرُ مَا نَقَصَ البِنَاءَ وَالْغَرْسَ بِالْقَلْعِ؛ لِأَنَّهُ مَغْرُورٌ مِنْ جِهَتِهِ حَيْثُ وَقَّتَ لَهُ، يعني يُنظر كم يكون قيمة البناء والغرس إذا بقىٰ إلى المدَّة المضروبة فيضمنُ ما نقصَ من قيمته، يعني إذا كانت قيمة البناء إلى المدَّة المضروبة عشرة دنانير مثلاً، وإذا قلع في الحال يكون قيمة النقض دينارين، فيرجع بثمانية دنانير، فإن قيل: الغرور بمباشرة عقد الضمان سببٌ للرجوع، ألا ترىٰ أنه لو استحقَّ الموهوب بعد هلاكه ضمن الموهوب له

بِالْعَهْدِ وَيَرْجِعُ عَلَيْهِ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنْ نَفْسِهِ. كَذَا ذَكَرَهُ الْقُدُورِيُّ فِي الْمُخْتَصَرِ. وَذَكَرَ الْحَاكِمُ الشَّهِيدُ أَنَّهُ يَضْمَنُ رَبُّ الْأَرْضِ لِلْمُسْتَعِيرِ قِيمَةَ غَرْسِهِ وَبِنَائِهِ وَيَكُونَانِ لَهُ، إِلَّا أَنْ يَشَاءَ الْمُسْتَعِيرُ أَنْ يَرْفَعَهُمَا وَلَا يُضَمِّنَهُ قِيمَتَهُمَا فَيَكُونَ لَهُ ذٰلِكَ؛ لِأَنَّهُ مِلْكُهُ. قَالُوا: إِذَا كَانَ فِي الْقَلْعِ ضَرَرٌ بِالْأَرْضِ فَالْخِيَارُ إِلَىٰ رَبِّ الْأَرْضِ؛ لِأَنَّهُ صَاحِبُ أَصْلٍ وَالْمُسْتَعِيرُ صَاحِبُ تَبَعٍ وَالتَّرْجِيحُ بِالْأَصْلِ، وَلَوْ اسْتَعَارَهَا لِيَزْرَعَهَا لَمْ تُؤْخَذْ مِنْهُ حَتَّىٰ يَحْصُدَ الزَّرْعَ وَقَّتَ أَوْ لَمْ يُوَقِّتْ؛ لِأَنَّ لَهُ نِهَايَةً مَعْلُومَةً، وَفِي التَّرْكِ مُرَاعَاةُ الْحَقَّيْنِ، بِخِلَافِ الْغَرْسِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ نِهَايَةٌ مَعْلُومَةٌ

ولا يرجعُ بما ضمن على الواهب، لأنَّ الغرورَ في ضمن عقد المعاوضة سببُ الرجوع لا في غيره، والمعيِّر لم يباشر عقد الضمان وإن وقَّت، قلنا: كلام العاقل محمولٌ على الفائدة ما أمْكن، ولا حاجة إلى التوقيت في تصحيح العارية شرعًا، ثمَّ لمَّا وقت المعير مع ذلك لا بدَّ من أن يكون لذكر الوقت فائدةٌ أخرىٰ، وليس ذلك إلا التزام قيمة البناء والغرس إن أراد إخراجه قبله فصار تقدير كلامه كأنه قال: ابنِ في هذه الأرض لنفسك علىٰ أن أتركها في يدك إلىٰ كذا من المدَّة، فإن لم أتركها فأنا ضامنٌ لك ما تنفق في بنائكَ ويكون بناؤك لي، فإذا بدأ له في الإخراج ضمن قيمة بنائه وغرسه ويكون كأنه بنىٰ له بأمره.

قوله: وَفِي التَّرْكِ مُرَاعَاةُ الْحَقَّيْنِ، لأنه إنَّما يترك بالأجر، هكذا قالوا، كيلا تفوت منفعة أرضه مجانًا، ولا يفوت زرع الأرض ليعتدل النظر من الجانبين، كما في الإجارة، والزرع لم يدرك بعدُ فإنَّ ثمَّة يترك الأرض بالأجر مراعاةً للجانبين، كذا ههنا.

قوله: لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ نِهَايَةٌ مَعْلُومَةٌ، فيكون ضررًا في الجانبين فيرجَّح صاحب الأصل.

فَيُقْلَعُ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنِ المَالِكِ.

قَالَ: (وَأُجْرَةُ رَدِّ العَارِيَّةِ عَلَى المُسْتَعِيرِ) ؛ لِأَنَّ الرَّدَّ وَاجِبٌ عَلَيْهِ لِمَا أَنَّهُ قَبَضَهُ لِمَنْفَعَةِ نَفْسِهِ وَالْأُجْرَةُ مُؤْنَةُ الرَّدِّ فَتَكُونُ عَلَيْهِ (وَأُجْرَةُ رَدِّ العَيْنِ المُسْتَأْجَرَةِ عَلَى المُؤَجِّرِ) لِأَنَّ الوَاجِبَ عَلَى المُسْتَأْجِرِ التَّمْكِينُ وَالتَّخْلِيَةُ دُونَ الرَّدِّ، فَإِنَّ مَنْفَعَةَ قَبْضِهِ سَالِمَةٌ لِلْمُؤَجِّرِ مَعْنًى فَلَا يَكُونُ عَلَيْهِ مُؤْنَةُ رَدِّهِ (وَأُجْرَةُ رَدِّ العَيْنِ المَغْصُوبَةِ عَلَى الغَاصِبِ)؛ لِأَنَّ الوَاجِبَ عَلَيْهِ الرَّدُّ وَالْإِعَادَةُ إِلَىٰ يَدِ المَالِكِ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنْهُ فَتَكُونَ مُؤْنَتُهُ عَلَيْهِ.

قَالَ: (وَإِذَا اسْتَعَارَ دَابَّةً فَرَدَّهَا إِلَىٰ إِصْطَبْلِ مَالِكِهَا فَهَلَكَتْ لَمْ يَضْمَنْ) وَهٰذَا اسْتِحْسَانٌ، وَفِي القِيَاسِ يَضْمَنُ؛ لِأَنَّهُ مَا رَدَّهَا إِلَىٰ مَالِكِهَا بَلْ ضَيَّعَهَا. وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّهُ أَتِيَ بِالتَّسْلِيمِ المُتَعَارَفِ؛ لِأَنَّ رَدَّ العَوَارِيِّ إِلَىٰ دَارِ المُلَّاكِ مُعْتَادٌ كَآلَةِ البَيْتِ، وَلَوْ رَدَّهَا إِلَى المَالِكِ فَالْمَالِكُ يَرُدُّهَا إِلَى المَرْبِطِ. (وَإِنْ اسْتَعَارَ عَبْدًا فَرَدَّهُ إِلَىٰ دَارِ المَالِكِ وَلَمْ يُسَلِّمْهُ

قوله: فَإِنَّ مَنْفَعَةَ قَبْضِهِ سَالِمَةٌ لِلْمُؤَجِّرِ مَعْنًى فَلَا يَكُونُ عَلَيْهِ مُؤْنَةُ رَدِّهِ، لأنه يتوصَّل به إلىٰ ملك الآجر أكثرَ ما فيه، لأنَّ لكلٍّ واحد منهما فيه منفعةٌ، لكن منفعة الآجر أقوىٰ، لأنه مالكٌ للعين وملك المستأجر في المنفعة والمنفعة تابعةٌ للعين.

قوله: وَلَوْ رَدَّهَا إِلَى المَالِكِ فَالْمَالِكُ يَرُدُّهَا إِلَى المَرْبِطِ، فيكون مسقطًا مؤنة الردِّ عن المالك لا متعدِّيًا ولا يضمن المرء بالإحسان.

إلَيْهِ لَمْ يَضْمَنْ) لِمَا بَيَّنَّا (وَلَوْ رَدَّ المَغْصُوبَ أَوِ الوَدِيعَةَ إلَىٰ دَارِ المَالِكِ وَلَمْ يُسَلِّمْهُ إلَيْهِ ضَمِنَ)؛ لِأَنَّ الوَاجِبَ عَلَى الغَاصِبِ فَسْخُ فِعْلِهِ، وَذٰلِكَ بِالرَّدِّ إلَى المَالِكِ دُونَ غَيْرِهِ، وَالْوَدِيعَةُ لَا يَرْضَى المَالِكُ بِرَدِّهَا إلَى الدَّارِ وَلَا إلَىٰ يَدِ مَنْ فِي العِيَالِ؛ لِأَنَّهُ لَوِ ارْتَضَاهُ لَمَا أَوْدَعَهَا إيَّاهُ، بِخِلَافِ العَوَارِيِّ؛ لِأَنَّ فِيهَا عُرْفًا، حَتَّىٰ لَوْ كَانَتِ العَارِيَّةُ عُقْدَ جَوْهَرٍ لَمْ يَرُدَّهَا إلَّا إلَى المُعِيرِ؛ لِعَدَمِ مَا ذَكَرْنَاهُ مِنَ العُرْفِ فِيهِ.

قَالَ: (وَمَنِ اسْتَعَارَ دَابَّةً فَرَدَّهَا مَعَ عَبْدِهِ أَوْ أَجِيرِهِ لَمْ يَضْمَنْ) وَالْمُرَادُ بِالْأَجِيرِ أَنْ يَكُونَ مُسَانَهَةً أَوْ مُشَاهَرَةً؛ لِأَنَّهَا أَمَانَةٌ، وَلَهُ أَنْ يَحْفَظَهَا بِيَدِ مَنْ فِي عِيَالِهِ كَمَا فِي الوَدِيعَةِ، بِخِلَافِ الأَجِيرِ مُيَاوَمَةً؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِي عِيَالِهِ. (وَكَذَا إذَا رَدَّهَا مَعَ عَبْدِ رَبِّ الدَّابَّةِ أَوْ أَجِيرِهِ) ؛ لِأَنَّ المَالِكَ يَرْضَىٰ بِهِ؛ أَلَا تَرَىٰ أَنَّهُ لَوْ رَدَّهُ إلَيْهِ فَهُوَ يَرُدُّهُ إلَىٰ عَبْدِهِ، وَقِيلَ هٰذَا فِي العَبْدِ الَّذِي يَقُومُ عَلَى الدَّوَابِّ، وَقِيلَ فِيهِ وَفِي غَيْرِهِ وَهُوَ الأَصَحُّ؛ لِأَنَّهُ إنْ كَانَ لَا يُدْفَعُ إلَيْهِ دَائِمًا يُدْفَعُ إلَيْهِ أَحْيَانًا (وَإِنْ رَدَّهَا مَعَ أَجْنَبِيٍّ ضَمِنَ) وَدَلَّتِ المَسْأَلَةُ عَلَىٰ أَنَّ المُسْتَعِيرَ لَا يَمْلِكُ الإِيدَاعَ قَصْدًا كَمَا قَالَهُ بَعْضُ المَشَايِخِ، وَقَالَ بَعْضُهُمْ: يَمْلِكُهُ لِأَنَّهُ دُونَ الإِعَارَةِ، وَأَوَّلُوا هٰذِهِ المَسْأَلَةَ

قوله: وَدَلَّتِ المَسْأَلَةُ، إلىٰ آخره، لأنه لمَّا وضعها في يد أجنبيٍّ للرد يكون وديعةً، فعُلِم أنه لا يملك الإيداع، إذ لو ملكه لَمَا ضمن.

قوله: وَأَوَّلُوا هٰذِهِ المَسْأَلَةَ بِإِنْهَاءِ الإِعَارَةِ لِانْقِضَاءِ المُدَّةِ، يعني أنَّ المشايخ الذين

بِإِنْهَاءِ الإِعَارَةِ لِانْقِضَاءِ المُدَّةِ.

قَالَ: (وَمَنْ أَعَارَ أَرْضًا بَيْضَاءَ لِلزِّرَاعَةِ يَكْتُبُ إِنَّك أَطْعَمْتَنِي عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَقَالَا: يَكْتُبُ إِنَّكَ أَعَرْتَنِي) ؛ لِأَنَّ لَفْظَةَ الإِعَارَةِ مَوْضُوعَةٌ لَهُ وَالْكِتَابَةُ بِالْمَوْضُوعِ لَهُ أَوْلَىٰ كَمَا فِي إِعَارَةِ الدَّارِ. وَلَهُ أَنَّ لَفْظَةَ الإِطْعَامِ أَدَلُّ عَلَى المُرَادِ؛ لِأَنَّهَا تَخُصُّ الزِّرَاعَةَ وَالْإِعَارَةُ تَنْتَظِمُهَا وَغَيْرَهَا كَالْبِنَاءِ وَنَحْوِهِ فَكَانَتِ الكِتَابَةُ بِهَا أَوْلَىٰ، بِخِلَافِ الدَّارِ؛ لِأَنَّهَا لَا تُعَارُ إِلَّا لِلسُّكْنَىٰ، وَاللهُ تَعَالَىٰ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

قالوا بأنَّ المستعير يملك الإيداع أوَّلوا هذه المسئلة وهيَ قوله: وَإِنْ رَدَّهَا مَعَ أَجْنَبِيٍّ ضَمِنَ، المستعير، وإنَّما ضمن المستعير هٰهنا لأنه لم يبق مستعيرًا بسبب انقضاء مدَّة الاستعارة حيث دفع إلىٰ آخر بعد فراغه من استعماله، ونحن إنَّما قلنا بجواز الإيداع للمستعير إذا كان قائمًا علىٰ كونه مستعيرًا، وههنا لم يبق مستعيرًا وبقيت العارية في يده وديعةً، وليس للمودع أن يودع غيره، فإذا أوْدَعها غيره وفارقه يضمن بالاتفاق، والله أعلم بالصواب.

* * *

كِتَابُ الهِبَةِ

الْهِبَةُ عَقْدٌ مَشْرُوعٌ لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «تَهَادَوْا تَحَابُّوا» وَعَلَىٰ ذٰلِكَ انْعَقَدَ الإِجْمَاعُ (وَتَصِحُّ بِالْإِيجَابِ وَالْقَبُولِ وَالْقَبْضِ) أَمَّا الإِيجَابُ وَالْقَبُولُ فَلِأَنَّهُ عَقْدٌ، وَالْعَقْدُ يَنْعَقِدُ بِالْإِيجَابِ، وَالْقَبُولِ،

كتاب الهِبَة

هيَ التبرع لما ينفع الموهوب له لغةً، يقال: وهب له مالاً، وهبًا وهبةً وموهبةً، وقد يقال: وهبه مالاً، ولا يقال: وهب منه، ويسمَّى الموهوب هبةً وموهبةً، والجمع هبات ومواهب، واتَّهبه منه: قَبِله، واستوهبه: سأله، وتمليك العين بلا عوضٍ شريعةً، وأهلها أهلُ التبرُّع وهو الحرُّ المكلَّف، وركنها الإيجاب والقبول، لأنَّها عقدٌ وقيام العقد بالإيجاب والقبول، لأنَّ ملك الإنسان لا ينتقل إلى الغير بدون تمليكه، وإلزام الملك على الغير لا يكون بدون قبوله، وإنَّما يحنثُ لو حَلَفَ أن لا يهب فوهب ولم يقبل، لأنه إنَّما يمنعُ نفسه عمَّا هو مقدورٌ له، وهو الإيجاب لا القبول لأنه فعل الغير، وشرطها أن يكون الموهوب مقسومًا مجوزًا، وحكمها ثبوت الملك، وشرعيتها لقوله تعالىٰ: ﴿وَإِذَا حُيِّيتُم بِتَحِيَّةٍ فَحَيُّوا۟ بِأَحْسَنَ مِنْهَآ أَوْ رُدُّوهَآ﴾ [النساء: ٨٦] والمرادُ بالتحية العطية، وقيل المراد بها السلام، والأظهرُ هو الأول، فإنَّ قوله: أَوْ رُدُّوْهَا، يتناولُ ردَّها بعينها، وذا إنَّما يتحقق في العطية، فإنَّ ردَّ عين الكلام لا يتصوَّر، وقوله عليه الصلاة والسلام: «تَهادَوْا تحابُّوا»، وإجماع الأمة، ولأنَّها من الإحسان واكتساب سبب التودُّد بين الإخوان، وكل ذلك مندوبٌ إليه بعد الإيمان.

وَالْقَبْضُ لَا بُدَّ مِنْهُ لِثُبُوتِ المَلِكِ. وَقَالَ مَالِكٌ: يَثْبُتُ المِلْكُ فِيهِ قَبْلَ القَبْضِ اعْتِبَارًا بِالْبَيْعِ، وَعَلَىٰ هٰذَا الخِلَافِ الصَّدَقَةُ. وَلَنَا قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «لَا تَجُوزُ الهِبَةُ إِلَّا مَقْبُوضَةً» وَالْمُرَادُ نَفْيُ المِلْكِ، لِأَنَّ الجَوَازَ بِدُونِهِ ثَابِتٌ، وَلِأَنَّهُ عَقْدُ تَبَرُّعٍ، وَفِي إِثْبَاتِ المِلْكِ قَبْلَ القَبْضِ إِلْزَامُ المُتَبَرِّعِ شَيْئًا لَمْ يَتَبَرَّعْ بِهِ، وَهُوَ التَّسْلِيمُ فَلَا يَصِحُّ، بِخِلَافِ الوَصِيَّةِ؛ لِأَنَّ أَوَانَ ثُبُوتِ المِلْكِ فِيهَا بَعْدَ المَوْتِ وَلَا

قوله: لِأَنَّ الجَوَازَ بِدُونِهِ ثَابِتٌ، أي بالإجماع.

قوله: وَفِي إِثْبَاتِ المِلْكِ قَبْلَ القَبْضِ إِلْزَامُ المُتَبَرِّعِ شَيْئًا لَمْ يَتَبَرَّعْ بِهِ، وَهُوَ التَّسْلِيمُ، لأنه لو ثبتَ الملكُ بمجرَّد العقد تتوجه المطالبة عليه بالتسليم فيؤدِّي إلىٰ إيجاب التسليم على المتبرع وهو لم يتبرَّع به، وإيجاب شيءٍ لم يتبرع به يخالفُ موضوع التبرُّعات، بخلاف المعاوضات، ولا يُقال: إنَّ الملكَ يقعُ علىٰ وجهٍ لا يوجبُ التسليم، لأنه لا يفيدُ، إذ فائدة الملك التمكُّن من التصرُّفات، وذا إنَّما يكون إذا كان بسبيلٍ من قبضه، ولا يُقال: أنه لمَّا وهبَ فقد التزم التسليمَ فيلزمه التسليم بالتزامه كما إذا شَرَع في النفل، لأنَّا نقول: حقُّ المالك في العين ملكُ مالٍ وملك يدٍ، فإنَّ ملك اليد مقصودٌ يضمن بالغصب كما يضمن الأصل، ألا ترىٰ أنَّ المدبر يضمنُ بالغصب، وما أزالَ بالغصب إلا يده، وكذلك يعتاضُ علىٰ إزالة اليد بعقد الكتابة وليسَ فيها إلَّا إزالة اليد، ولمَّا كان كلُّ واحدٍ منهما مقصودًا بنفسه لم يلزم من التزام أحدهما التزام الآخر، بخلاف الشروع في النفل، فإنَّ المؤدَّىٰ صار واجب الصيانة وذلك بالإتمام فوَجَبَ.

قوله: بِخِلَافِ الوَصِيَّةِ، وجه الإيراد أنَّ هذا عقد هبةٍ فيوجب الملكَ قبل القبض، قياسًا على الهبة بعد الموت وهيَ الوصية، بل أَوْلىٰ، إذ الوصية هبةٌ معلقةٌ بالموت، وهذه

إِلْزَامَ عَلَى الْمُتَبَرِّعِ؛ لِعَدَمِ أَهْلِيَّةِ اللُّزُومِ، وَحَقُّ الْوَارِثِ مُتَأَخِّرٌ عَنِ الْوَصِيَّةِ فَلَمْ يَمْلِكْهَا.

قَالَ: (فَإِنْ قَبَضَهَا الْمَوْهُوبُ لَهُ فِي الْمَجْلِسِ بِغَيْرِ أَمْرِ الْوَاهِبِ جَازَ) اسْتِحْسَانًا (وَإِنْ قَبَضَ بَعْدَ الِافْتِرَاقِ لَمْ يَجُزْ إِلَّا أَنْ يَأْذَنَ لَهُ الْوَاهِبُ فِي الْقَبْضِ) وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَجُوزَ فِي الْوَجْهَيْنِ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ؛ لِأَنَّ الْقَبْضَ تَصَرُّفٌ فِي مِلْكِ الْوَاهِبِ، إِذْ مِلْكُهُ قَبْلَ الْقَبْضِ بَاقٍ فَلَا يَصِحُّ بِدُونِ إِذْنِهِ، وَلَنَا أَنَّ الْقَبْضَ بِمَنْزِلَةِ الْقَبُولِ فِي الْهِبَةِ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ يَتَوَقَّفُ عَلَيْهِ ثُبُوتُ حُكْمِهِ وَهُوَ الْمِلْكُ، وَالْمَقْصُودُ مِنْهُ إِثْبَاتُ

مرسلةٌ وهيَ أقوىٰ، والجوابُ عنه أنَّ الوصيةَ تمليكٌ بعد الموت، وقد زال عن ملكه بعد الموت، فالزوال بِهذه الوصية لا يلزم شيئًا لم يتبرع به ولا ضمانًا.

قوله: وَحَقُّ الْوَارِثِ مُتَأَخِّرٌ عَنِ الْوَصِيَّةِ فَلَمْ يَمْلِكْهَا، جوابُ سؤالٍ مقدَّرٍ، وهو أن يقال انعدم أهلية اللزوم للموصي بالموت فوارثه يخلفه في ملكه، فكان ينبغي أن يتوقف ملك الموصىٰ له إلىٰ وقت تسليم الوارث الموصىٰ به إليه، لأنَّ الوصية عقد تبرع كالهبة وهناك يتوقف ملك الموهوب له إلىٰ وقت التسليم، فكذلك في الوصية ينبغي أن يكون كذلك، فأجاب بأنَّ الوارث أجنبيٌّ عمَّا صحَّ فيه الوصية فكيف يصح تسليم الأجنبيِّ، فلمَّا لم يوجد تسليم من يصحُّ تسليمه ثبت الملك للموصىٰ له في الموصىٰ به قبل القبض، فلم يكن إلزام التسليم عليه إلزامًا على المتبرع.

قوله: وَلَنَا أَنَّ الْقَبْضَ بِمَنْزِلَةِ الْقَبُولِ فِي الْهِبَةِ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ يَتَوَقَّفُ عَلَيْهِ ثُبُوتُ حُكْمِهِ وَهُوَ الْمِلْكُ، وَالْمَقْصُودُ مِنْهُ إِثْبَاتُ الْمِلْكِ، أي مقصود الواهب من الإيجاب

المِلْكِ فَيَكُونُ الإِيجَابُ مِنْهُ تَسْلِيطًا عَلَى القَبْضِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَبَضَ بَعْدَ الِافْتِرَاقِ؛ لِأَنَّا إِنَّمَا أَثْبَتْنَا التَّسْلِيطَ فِيهِ إِلْحَاقًا لَهُ بِالْقَبُولِ، وَالْقَبُولُ يَتَقَيَّدُ بِالْمَجْلِسِ، فَكَذَا مَا يُلْحَقُ بِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا نَهَاهُ عَنِ القَبْضِ فِي المَجْلِسِ؛ لِأَنَّ الدَّلَالَةَ لَا تَعْمَلُ فِي مُقَابَلَةِ الصَّرِيحِ.

إثبات الملك فيكون منه تسليطًا على القبض تحقيقًا لمقصوده، فإن قيل: الإيجاب لو كان تسليطًا على القبض في المجلس لَمَا صحَّ الأمر بالقبض بعده، قلنا: إنَّما لا يصحُّ القبول بعد المجلس لأنَّ إيجاب البائع شرط العقد وإنه لا يتوقَّف علىٰ ما وراء المجلس، فأمَّا في الهبة فركنها الإيجاب لأنه تبرُّع وهو يتمُّ بالمتبرع حتَّىٰ يحنث في يمينه لا يهب، أمَّا في حقِّ الموهوب له لا يتمُّ إلَّا بالقبول، فإذا وجد الإيجاب والقبول جازَ أن يتوقَّف علىٰ ما وراء المجلس ليوجد شرطه وهو القبض.

قوله: بِخِلَافِ مَا إِذَا قَبَضَ بَعْدَ الِافْتِرَاقِ، لأنه لا بُدَّ لبقاء الإيجاب على الصحَّة من القبض، ألا ترىٰ أنَّ القبض متىٰ فاتَ بالهلاك قبل التسليم لا يبقى الإيجاب صحيحًا، وإذا كان من ضرورة بقاء الإيجاب من الواهب على الصحة وجود القبض لا محالةَ كان الإقدام على الإيجاب إذنًا للموهوب له بالقبض واقتضاءً، كما في البيع جعلنا إقدام البائع على الإيجاب إذنًا للمشتري بالقبول مقتضى بقاء الإيجاب على الصحة، إلَّا أنَّ ما ثَبَتَ بالقبض ثبتَ ضرورةً، والثابت بالضرورة يتقدَّر بقدرها، والضرورة ترتفعُ بثبوت الإذن في المجلس، لأنَّ الإيجاب يبقىٰ صحيحًا مع القبض في المجلس فلا يعتبر ثابتًا فيما وراءه، بخلاف ما لو ثبت نصًّا لأنه ثابتٌ من كل وجهٍ فيبقىٰ في المجلس وبعده، وقوله عليه الصلاة والسلام: «أكل أولادك نحلتَ مثل هذا؟» خاطبَ به النبيُّ صلى الله عليه وسلم بشيرًا والد النعمان، وهو ممَّا روى النعمان بن بشير رضي الله تعالىٰ عنهما قال: نحلني أبي غلامًا وأنا ابن سبع سنين فأبت أمي إلا أن يشهد علىٰ ذلك رسول الله عليه الصلاة والسلام، فحملني

قَالَ: (وَتَنْعَقِدُ الهِبَةُ بِقَوْلِهِ وَهَبْتُ وَنَحَلْتُ وَأَعْطَيْتُ) ؛ لِأَنَّ الأَوَّلَ صَرِيحٌ فِيهِ وَالثَّانِي مُسْتَعْمَلٌ فِيهِ. قَالَ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «أَكُلَّ أَوْلَادِك نَحَلْتَ مِثْلَ هٰذَا؟» وَكَذٰلِكَ الثَّالِثُ، يُقَالُ: أَعْطَاكَ اللهُ وَوَهَبَك اللهُ بِمَعْنًى وَاحِدٍ (وَكَذَا تَنْعَقِدُ بِقَوْلِهِ أَطْعَمْتُكَ هٰذَا الطَّعَامَ وَجَعَلْتَ هٰذَا الثَّوْبَ لَكَ وَأَعْمَرْتُكَ هٰذَا الشَّيْءَ وَحَمَلْتُكَ عَلَىٰ هٰذِهِ الدَّابَّةِ إِذَا نَوَىٰ بِالْحُمْلَانِ الهِبَةَ) أَمَّا الأَوَّلُ فَلِأَنَّ الإِطْعَامَ إِذَا أُضِيفَ إِلَىٰ مَا يُطْعَمُ عَيْنُهُ يُرَادُ بِهِ تَمْلِيكُ العَيْنِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ: أَطْعَمْتُك هٰذِهِ الأَرْضَ حَيْثُ تَكُونُ عَارِيَةً؛ لِأَنَّ عَيْنَهَا لَا تُطْعَمُ فَيَكُونُ المُرَادُ أَكْلَ غَلَّتِهَا. وَأَمَّا الثَّانِي فَلِأَنَّ حَرْفَ اللَّامِ لِلتَّمْلِيكِ. وَأَمَّا الثَّالِثُ فَلِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «فَمَنْ أَعْمَرَ عُمْرَىٰ فَهِيَ لِلْمُعَمَّرِ لَهُ وَلِوَرَثَتِهِ مِنْ بَعْدِهِ» وَكَذَا إِذَا قَالَ جَعَلْتُ هٰذِهِ الدَّارَ لَك عُمْرَىٰ لِمَا قُلْنَا. وَأَمَّا الرَّابِعُ فَلِأَنَّ الحَمْلَ هُوَ

أبي علىٰ عاتقه إلىٰ رسول الله عليه الصلاة والسلام فأخبره بذلك فقال: أَلَك ولد سواه؟ فقال: نعم، فقال: أكل أولادك نحلتَ مثل هذا؟ فقال: لا، فقال: هذا جورٌ.

قوله: وَأَعْمَرْتُكَ هٰذَا الشَّيْءَ، أي جعلتُ لكَ هذا الشيء مدَّة عمركَ، فإذا مُتَّ أنتَ فهو لي، يُقال: أعمره الدار، قال له هيَ لك عمرك، ومنه: أمسكوا عليكم أموالكم لا تعمروها فمن أعمر شيئًا فهو له، ومنه العمرىٰ.

قوله: فَهِيَ لِلْمُعَمَّرِ لَهُ وَلِوَرَثَتِهِ، أي لورثة المعمَّر له من بعد المعمر له، يعني يثبتُ به الهبة ويبطل ما اقتضاه من شرط الرجوع.

قوله: فَلِأَنَّ الحَمْلَ هُوَ الإِرْكَابُ حَقِيقَةً، فإن قيل: كيفَ يستقيمُ قوله: إنَّ حقيقته

الإِرْكَابُ حَقِيقَةً فَيَكُونُ عَارِيَةً لٰكِنَّهُ يَحْتَمِلُ الهِبَةَ، يُقَالُ حَمَلَ الأَمِيرُ فُلَانًا عَلَىٰ فَرَسٍ وَيُرَادُ بِهِ التَّمْلِيكُ فَيُحْمَلُ عَلَيْهِ عِنْدَ نِيَّتِهِ.

(وَلَوْ قَالَ كَسَوْتُكَ هٰذَا الثَّوْبَ يَكُونُ هِبَةً) ؛ لِأَنَّهُ يُرَادُ بِهِ التَّمْلِيكُ، قَالَ اللهُ تَعَالَىٰ ﴿أَوْ كِسْوَتُهُمْ﴾ [المائدة: ٨٩] وَيُقَالُ كَسَا الأَمِيرُ فُلَانًا ثَوْبًا: أَيْ مَلَّكَهُ مِنْهُ (وَلَوْ قَالَ مَنَحْتُكَ هٰذِهِ الجَارِيَةَ كَانَتْ عَارِيَةً) لِمَا رَوَيْنَا مِنْ قَبْلُ. (وَلَوْ قَالَ دَارِي لَكَ هِبَةٌ سُكْنَىٰ أَوْ سُكْنَىٰ هِبَةٌ فَهِيَ عَارِيَةٌ)؛ لِأَنَّ العَارِيَةَ مُحْكَمٌ فِي تَمْلِيكِ المَنْفَعَةِ وَالْهِبَةُ تَحْتَمِلُهَا وَتَحْتَمِلُ تَمْلِيكَ العَيْنِ فَيُحْمَلُ المُحْتَمَلُ عَلَى المُحْكَمِ، وَكَذَا إِذَا قَالَ عُمْرَىٰ سُكْنَىٰ أَوْ نَحْلِي سُكْنَىٰ أَوْ سُكْنَىٰ صَدَقَةً أَوْ صَدَقَةٌ عَارِيَةً أَوْ عَارِيَةٌ هِبَةٌ

الإركاب وقد سبقَ في العارية أن قوله حملتك لتمليك العين؟ لأنا نقول: حقيقته الإركاب نظرًا إلى الوضع وهو لتمليك العين في العرف والاستعمال، ولكنَّ الحقيقة ما صارت مهجورةً بالعرف فكان هذا في معنى الاسم المشترك.

قوله: لِمَا رَوَيْنَا مِنْ قَبْلُ، أرادَ به ما ذكره في كتاب العارية من قوله عليه الصلاة والسلام: «المنحة مردودةٌ».

قوله: وَلَوْ قَالَ دَارِي لَكَ هِبَةً، بنصب هبةً، وكذلك: أو سكنىٰ هبةً، بنصبها.

قوله: لِأَنَّ العَارِيَةَ مُحْكَمٌ فِي تَمْلِيكِ المَنْفَعَةِ وَالْهِبَةُ تَحْتَمِلُهَا، لأنه تحتمل هبة المنفعة، كان من حقه أن يقول: لأنَّ السكنىٰ محكمٌ في تمليك المنفعة، فلعله توهَّم أنَّ المذكور قبله هبة عارية أو عارية هبة فعلَّل بذلك، أو لأنَّ قوله سكنىٰ عارية فذكر العارية في التعليل مكان السكنىٰ لدلالة السكنىٰ على العارية.

لِمَا قَدَّمْنَاهُ. (وَلَوْ قَالَ هِبَةٌ تَسْكُنُهَا فَهِيَ هِبَةٌ) ؛ لِأَنَّ قَوْلَهُ تَسْكُنُهَا مَشُورَةٌ وَلَيْسَ بِتَفْسِيرٍ لَهُ وَهُوَ تَنْبِيهٌ عَلَى المَقْصُودِ، بِخِلَافِ قَوْلِهِ هِبَةٌ سُكْنَىٰ؛ لِأَنَّهُ تَفْسِيرٌ لَهُ.

قَالَ: (وَلَا تَجُوزُ الهِبَةُ فِيمَا يُقَسَّمُ إِلَّا مَحُوزَةً مَقْسُومَةً، وَهِبَةُ المُشَاعِ فِيمَا لَا يُقَسَّمُ جَائِزَةٌ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: تَجُوزُ فِي الوَجْهَيْنِ؛ لِأَنَّهُ عَقْدُ تَمْلِيكٍ

قوله: لِمَا قَدَّمْنَاهُ، إشارة إلىٰ قوله: لِأَنَّ العَارِيَّةَ مُحْكَمٌ فِي تَمْلِيكِ المَنْفَعَةِ، وذلك لأنَّ لام الملك يحتمل تمليك المنفعة فكان أوَّل كلامه محتملاً تمليك السكنىٰ، وقوله سكنىٰ محكم في تمليك المنفعة لأنه لا يحتمل تمليك الرقبة، أو أنه خرج تفسيرًا لأوَّل الكلام فيتغيَّر به حكم أوَّل الكلام فصار المحكم قاضيًا على المحتمل فكأنَّه قال: لك سكنىٰ داري فيكون عاريةً.

قوله: لِأَنَّ قَوْلَهُ تَسْكُنُهَا مَشُورَةٌ وَلَيْسَ بِتَفْسِيرٍ، لأنَّ قوله: تسكنها فعلٌ وإنه لا يصلح تفسيرًا للمذكور سابقًا، ولكنه مشورةٌ أشارَ به عليه في ملكه، فإن شاء قبل مشورته وسكنها وإن شاء لم يقبل، وهو بيانٌ لمقصوده أنه ملكه الدار ليسكنها، وهذا معلومٌ وإن لم يذكره فلا يتغيَّر به حكم التمليك بمنزلة قوله: هذا الطعام لك تأكله، أو هذا الثوب لك تلبسه.

قوله: وَلَا تَجُوزُ الهِبَةُ فِيمَا يُقَسَّمُ إِلَّا مَحُوزَةً مَقْسُومَةً، يعني بالمحوز أن يكون مفرغًا عن أملاك الواهب وحقوقه، وقد احترز به عمَّا إذا وهب التمر على النخيل دون النخيل، أو وهب الزرع في الأرض دون الأرض، لأنَّ الموهوب ليس بمحوزٍ أي ليس بمقبوضٍ على الكمال لاتصاله بملك الواهب، وقوله: مَقْسُومَةً، احترازٌ عن المشاع فإنه إذا حاز وقبض التمر الموهوبَ على النخيل وكان التمر مشتركًا بينه وبين غيره لا يجوز أيضًا، لأنه غير مقسوم، وَهِبَةُ المُشَاعِ فِيمَا لَا يُقَسَّمُ جَائِزَةٌ، يعني به ما لا يحتمل

فَيَصِحُّ فِي الْمُشَاعِ وَغَيْرِهِ كَالْبَيْعِ بِأَنْوَاعِهِ، وَهٰذَا؛ لِأَنَّ الْمُشَاعَ قَابِلٌ لِحُكْمِهِ، وَهُوَ الْمِلْكُ فَيَكُونُ مَحَلًّا لَهُ، وَكَوْنُهُ تَبَرُّعًا لَا يُبْطِلُهُ الشُّيُوعُ كَالْقَرْضِ وَالْوَصِيَّةِ. وَلَنَا أَنَّ الْقَبْضَ مَنْصُوصٌ عَلَيْهِ فِي الْهِبَةِ فَيُشْتَرَطُ

القسمة أي لا يبقىٰ منتفعًا بعد القسمة أصلاً، كعبدٍ واحدٍ ودابةٍ واحدةٍ، أو لا يبقىٰ منتفعًا بعد القسمة من جنس الانتفاع الذي كان قبل القسمة، كالبيت الصغير والحمام الصغير والثوب الصغير، ويعني: بما يقسم، أن يبقىٰ متنفعًا في الحالين قبل القسمة وبعدها، وفي الذخيرة: وذكر الإمام الزاهد أحمد الطواويسي رحمه الله تعالىٰ: إذا وهب الرجل نصف درهم صحيح من الدراهم العدالية يجوز، وهو الصحيح، وجعل هذا بمنزلة هبةٍ مشاع لا يحتمل القسمة، وذكر أصلاً فقال: كلُّ شيء يضرُّه التبعيض فيوجب نقصانًا في ماليته فإنه لا يحتمل القسمة، وإذا لم يوجب التبعيض نقصانًا في ماليته فهو ممَّا يحتمل القسمة، خرج علىٰ هذا هبة بعض العدالية لأنَّ التبعيض يضرُّه، وكذلك الدينار الصحيح إذا كان يضرُّه التبعيض يجوز هبة بعضه.

قوله: كَالْبَيْعِ بِأَنْوَاعِهِ، أرادَ بأنواع البيع الصحيح والفاسدَ والصرف والسلم، فإنَّ المشاع لا يمنعُ تمام القبض في هذه العقود بالإجماع.

قوله: كَالْقَرْضِ وَالْوَصِيَّةِ، فصورة قرض المشاع أنه لو دَفَعَ ألف درهمٍ مثلاً إلىٰ آخر علىٰ أن يكون نصفه قرضًا عليه ونصفه بضاعةً أو يعمل في النصف الآخر بشركته فإنه يجوز، مع أنَّ القبض شرطٌ لوقوع الملك في القرض ولا تشرطُ القسمة فيه.

قوله: وَلَنَا أَنَّ الْقَبْضَ مَنْصُوصٌ عَلَيْهِ فِي الْهِبَةِ، وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «لا تجوز الهبة إلَّا مقبوضةً» فيشترطُ كماله كاستقبال القبلة في الصلاة لمَّا كان منصوصًا عليه يشترطُ كماله، حتَّىٰ لو استقبل الحطيمَ لم يجز، لأنه بيتٌ من وجهٍ دون وجهٍ، والمشاعُ لا يقبل القبض إلَّا بضمِّ غير الموهوب إليه، والحاصلُ تبعًا لغيره يكون أنْقَص من الحاصل

كَمَالُهُ وَالْمُشَاعُ لَا يَقْبَلُهُ إِلَّا بِضَمِّ غَيْرِهِ إِلَيْهِ، وَذٰلِكَ غَيْرُ مَوْهُوبٍ، وَلِأَنَّ فِي تَجْوِيزِهِ إِلْزَامَهُ شَيْئًا لَمْ يَلْتَزِمْهُ وَهُوَ مُؤْنَةُ القِسْمَةِ، وَلِهٰذَا امْتَنَعَ جَوَازُهُ قَبْلَ القَبْضِ لِئَلَّا يَلْزَمَهُ التَّسْلِيمُ، بِخِلَافِ مَا لَا يُقَسَّمُ؛ لِأَنَّ القَبْضَ القَاصِرَ هُوَ المُمْكِنُ فَيُكْتَفَىٰ بِهِ؛ وَلِأَنَّهُ لَا تَلْزَمُهُ مُؤْنَةُ القِسْمَةِ. وَالْمُهَايَأَةُ تَلْزَمُهُ فِيمَا لَمْ يَتَبَرَّعْ بِهِ وَهُوَ المَنْفَعَةُ، وَالْهِبَةُ لَاقَتِ العَيْنَ، وَالْوَصِيَّةُ لَيْسَ مِنْ

مقصودًا بنفسه، وهذا لأنَّ الثابت من وجهٍ دون وجهٍ لا يكون ثابتًا مطلقًا، وبدون الإطلاق لا يثبت الكمال، ثمَّ القبض من الشيوع ثابتٌ من وجهٍ دون وجهٍ لأنَّ القبض عبارةٌ عن الحيازة، وهو أن يصير الشيءَ في حيز القابض والمشاع في حيزه من وجهٍ دون وجهٍ لأنه في يده من وجهٍ وفي يد شريكه من وجهٍ، فتمام الحيازة بالقسمة لأنَّ القسمةَ بجمع الأجزاء المتفرقة وما لم تجتمع لا تصير محوزةً على الحقيقة في يده إلَّا بغيره، وذلك غير موهوبٌ فيمتنعُ تمام الحيازة لِمَا هو له، لأنَّ ما للغير غير محوزٌ له من طريق الحكم، فإذا لم تتحقق الحيازة في حقِّ ملك الغير وحقه لا يصير محوزًا إلَّا بغيره، فصارت الحيازة ناقصةً، فلا ينتهضُ لإفادة الملك.

قوله: وَلِهٰذَا امْتَنَعَ جَوَازُهُ قَبْلَ القَبْضِ، أي امتنع ثبوت حكمه وهو الملك.

قوله: وَالْمُهَايَأَةُ تَلْزَمُهُ فِيمَا لَمْ يَتَبَرَّعْ بِهِ وَهُوَ المَنْفَعَةُ، هذا جوابٌ لشبهةٍ ترد علىٰ قوله: وَلِأَنَّهُ لَا تَلْزَمُهُ مُؤْنَةُ القِسْمَةِ، وهيَ أنه يستوجبُ به المهايأة وإن لم تلزمه مؤنة قسمة العين فيما لا يقسم، فأجابَ بأنَّ المهايأة قسمة المنفعة وعقد التبرع لاقى العين فلم يكن ذلك ضمانًا في عينٍ ما يتبرَّع به، ولا يردُ علىٰ هذا ما لو أتلف الواهب الموهوبَ بعد التسليم يضمن قيمته للموهوب له لأنَّ ذلك الضمان يلزمه بالإتلاف لا بعقد التبرع، وضمان المقاسمة ههنا وإن كان بالملك فذلك الملك حكم الهبة ولا يمنعُ إضافة الضمان

شَرْطِهَا القَبْضُ، وَكَذَا البَيْعُ الصَّحِيحُ، وَأَمَّا البَيْعُ الفَاسِدُ وَالصَّرْفُ وَالسَّلَمُ فَالْقَبْضُ فِيهَا غَيْرُ مَنْصُوصٍ عَلَيْهِ، وَلِأَنَّهَا عُقُودُ ضَمَانٍ فَتُنَاسِبُ لُزُومَ مُؤْنَةِ القِسْمَةِ، وَالْقَرْضُ تَبَرُّعٌ مِنْ وَجْهٍ وَعَقْدُ ضَمَانٍ مِنْ وَجْهٍ، فَشَرَطْنَا القَبْضَ القَاصِرَ فِيهِ دُونَ القِسْمَةِ عَمَلًا بِالشَّبَهَيْنِ، عَلَىٰ أَنَّ القَبْضَ غَيْرُ مَنْصُوصٍ عَلَيْهِ فِيهِ. (وَلَوْ وَهَبَ مِنْ شَرِيكِهِ لَا يَجُوزُ)؛ لِأَنَّ الحُكْمَ يُدَارُ عَلَىٰ نَفْسِ الشُّيُوعِ.

إلى الهبة، ألا يرىٰ أنَّ شراء القريب إعتاق وإن كان العتق بسبب الملك، لأنَّ ذلك الملك حكم الشراء وبه فارقَ البيع فإنه عقد الضمان فيجوز أن يتعلق به ضمان المقاسمة.

قوله: فَالْقَبْضُ فِيهَا غَيْرُ مَنْصُوصٍ عَلَيْهِ، أي في هذه البيوع حتَّىٰ يراعي وجوده علىٰ أكمل الجهات، وقوله عليه الصلاة والسلام: «يدًا بيدٍ» بيان التعين، إلَّا أنَّ التعين في الثمن يكون بالقبض، ولأنَّ القبض شرطُ بقاء الصرف والسلم على الصحة لا شرط الابتداء، والبقاء أسهلُ من الابتداء، ولا كذلك في الهبة، فإنَّ التنصيصَ على القبض فيها ليقعُ صحيحًا فافترقا.

قوله: وَالْقَرْضُ تَبَرُّعٌ مِنْ وَجْهٍ وَعَقْدُ ضَمَانٍ مِنْ وَجْهٍ، حتَّىٰ كان المستقرض مضمونًا بالمثل فلا يتعدَّاه ضمان المقاسمة، وشرطُ القبض هناك ليس بمنصوصٍ ليراعىٰ وجوده علىٰ أكمل الجهات، ثمَّ لشبهه بالتبرع شرطنا فيه القبض ولشبهه بعقد الضمان لم نشترط فيه القسمة، وذلك اعتبار صحيح فيما له شبهان.

قوله: لِأَنَّ الحُكْمَ يُدَارُ عَلَىٰ نَفْسِ الشُّيُوعِ، وهذا لأنَّ القبضَ في الهبة لا يتمُّ في الجزء الشائع، فقبض الشريك لا يتمُّ باعتبار ما لاقاه الهبة، وإنَّما يتمُّ به وبغيره وهو ما كان مملوكًا له، وما يشترطُ لإتمام العقد فإنَّما يعتبر ثابتًا فيما يتناوله العقد دون غيره، ولا يلزم

قَالَ: (وَمَنْ وَهَبَ شِقْصًا مُشَاعًا فَالْهِبَةُ فَاسِدَةٌ) لِمَا ذَكَرْنَا (فَإِنْ قَسَّمَهُ وَسَلَّمَهُ جَازَ) ؛ لِأَنَّ تَمَامَهُ بِالْقَبْضِ وَعِنْدَهُ لَا شُيُوعَ.

قَالَ: (وَلَوْ وَهَبَ دَقِيقًا فِي حِنْطَةٍ أَوْ دُهْنًا فِي سِمْسِمٍ فَالْهِبَةُ فَاسِدَةٌ، فَإِنْ طَحَنَ وَسَلَّمَ لَمْ يَجُزْ) وَكَذَا السَّمْنُ فِي اللَّبَنِ؛ لِأَنَّ الْمَوْهُوبَ مَعْدُومٌ، وَلِهَذَا لَوِ اسْتَخْرَجَهُ الْغَاصِبُ بِمِلْكِهِ، وَالْمَعْدُومُ لَيْسَ بِمَحَلٍّ لِلْمِلْكِ

الإجارةَ فإنه يجوز مع الشريك في ظاهر الرواية عن أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ لأنَّ الشيوع إنَّما يمنع صحة الإجارة لعدم القدرة علىٰ تسليم ما آجرَ به ولا شيوعَ مع الشريك لأنَّ الكلَّ يحدث علىٰ ملكه، فأمَّا الشيوع فيمنع صحة الهبة لمعنيين إيجاب ضمان القسمة على المتبرع وكون القبض ناقصًا بسبب الشيوع، والكمال شرطٌ في قبضه لأنَّه منصوصٌ عليه فههنا إن لم يوجد أحد المعنيين فقد وجد المعنى الآخر.

قوله: وَمَنْ وَهَبَ شِقْصًا مُشَاعًا فَالْهِبَةُ فَاسِدَةٌ، أي لا يثبت حكمها وهو الملك وإن اتصل به القبض مشاعًا ويكون مضمونًا على الموهوب له إذا قبض، وذكر عُصام أنَّها تفيد الملكَ، وبه أخذ بعض المشايخ.

قوله: لِأَنَّ الْمَوْهُوبَ مَعْدُومٌ، لأنَّ الدقيق حادثٌ بالطحن، والدهن بالعصر، ولهذا لو فعله الغاصب كان مملوكًا له، وهذا لأنَّ قبل الطحن هو حنطة، والدقيق غير الحنطة، وكون الشيء الواحد شيئين في وقتٍ واحدٍ مستحيلٌ، فعرفنا أنه أضافَ العقد إلى المعدوم فكان لغوًا، غاية ما في الباب أنَّ الدهن يحصل بالسِّمسم والعصر، إلَّا أنَّ العصر آخرهما وجودًا فيضاف الوجود إليه، كزراعة الحنطة يُضاف إلى الزراع وإن لم يكن بُدٌّ من الحنطة والأرض، فإن قيل: الدُّهن لمَّا لم يكن موجودًا في السِّمسم قبل العصر وَجَب أن يجوز بيع الدهن بالسمسم مطلقًا، ولا يشترطُ أن يكون الدهن الصافي أكثر ممَّا في السِّمسم؟ قلنا:

فَوَقَعَ العَقْدُ بَاطِلًا، فَلَا يَنْعَقِدُ إِلَّا بِالتَّجْدِيدِ، بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ؛ لِأَنَّ المُشَاعَ مَحَلٌّ لِلتَّمْلِيكِ، وَهِبَةُ اللَّبَنِ فِي الضَّرْعِ وَالصُّوفِ عَلَىٰ ظَهْرِ الغَنَمِ وَالزَّرْعِ وَالنَّخْلِ فِي الأَرْضِ وَالتَّمْرِ فِي النَّخِيلِ بِمَنْزِلَةِ المُشَاعِ؛ لِأَنَّ امْتِنَاعَ الجَوَازِ لِلِاتِّصَالِ وَذٰلِكَ يَمْنَعُ القَبْضَ كَالشَّائِعِ.

قَالَ: (وَإِذَا كَانَتِ العَيْنُ فِي يَدِ المَوْهُوبِ لَهُ مَلَكَهَا بِالْهِبَةِ وَإِنْ لَمْ يُجَدِّدْ فِيهَا قَبْضًا) ؛ لِأَنَّ العَيْنَ فِي قَبْضِهِ وَالْقَبْضُ هُوَ الشَّرْطُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا

حدوثُ الدهن يُضاف إلى العصر لأنه آخر المذكورين، إلَّا أنه لا بُدَّ لوجود الدهن من وجود السِّمسم لا محالةَ فثبتَ شبهة قيامه بالسمسم قبل العصر، والشبهة كالحقيقة في باب الربا، ولكن لا تكفي لصحة الهبة.

قوله: لِأَنَّ امْتِنَاعَ الجَوَازِ لِلِاتِّصَالِ، أي لاتصال الموهوب بما ليسَ بموهوبٍ من ملك الواهب مع إمكان الفصل، وذلك يمنعُ القبض كالشائع.

قوله: وَإِذَا كَانَتِ العَيْنُ فِي يَدِ المَوْهُوبِ لَهُ مَلَكَهَا بِالْهِبَةِ وَإِنْ لَمْ يُجَدِّدْ فِيهَا قَبْضًا، والأصلُ فيه أنه متىٰ تجانسَ القبضان نابَ أحدهما عن الآخر، وإذا تغايرا نابَ الأعلىٰ عن الأدنىٰ ولا ينوب الأدنىٰ عن الأعلىٰ، بيانه هو أنَّ الشيء إذا كان مغصوبًا في يده أو مقبوضًا بالعقد الفاسد فباعه منه بيعًا صحيحًا جائزًا لا يحتاج إلىٰ قبضٍ آخر لاتفاق القبض، إذ كل واحد منهما مضمونٌ، وكذلك إذا وهبه له أيضًا لا يحتاج إلىٰ قبضٍ آخر لكون ذلك القبض أعلىٰ وهو كونه مضمونًا، وكذلك إذا كان الشيءُ وديعةً في يده أو عاريةً فوهبه مالكه من صاحب اليد فإنَّه لا يحتاجُ إلىٰ قبضٍ آخر لاتفاق القبضين، لأنَّ كلا القبضين أمانةٌ، ولو كانت وديعةً عنده أو عاريةً فباعه منه فإنه يحتاج إلىٰ قبضٍ جديدٍ، لأنَّ قبض الأمانة لا ينوبُ عن قبض الضمان، وذكر أبو نصر في شرحه أنه إذا كان مضمونًا بغيره كالمبيع

بَاعَهُ مِنْهُ؛ لِأَنَّ القَبْضَ فِي البَيْعِ مَضْمُونٌ فَلَا يَنُوبُ عَنْهُ قَبْضُ الأَمَانَةِ، أَمَّا قَبْضُ الهِبَةِ فَغَيْرُ مَضْمُونٍ فَيَنُوبُ عَنْهُ.

قَالَ: (وَإِذَا وَهَبَ الأَبُ لِابْنِهِ الصَّغِيرِ هِبَةً مَلَكَهَا الِابْنُ بِالْعَقْدِ) ؛ لِأَنَّهُ فِي قَبْضِ الأَبِ فَيَنُوبُ عَنْ قَبْضِ الهِبَةِ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ مَا إِذَا كَانَ فِي يَدِهِ أَوْ فِي يَدِ مُودِعِهِ؛ لِأَنَّ يَدَهُ كَيَدِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ مَرْهُونًا أَوْ

والمرهون لا ينوبُ عن القبض الواجب بالهبة، ولا بُدَّ من قبضٍ جديدٍ وهو أن يرجعُ إلى الموضع الذي فيه العين ويمضي وقتٌ يتمكَّن فيه من قبضها، لأنَّ العين وإن كانت في يده لكنها مضمونةٌ بغيرها، إلَّا أنَّ هذا الضمان لا تصحُّ البراءة منه مع وجود القبض الموجب له فلم تكن الهبة براءةً، وإذا كان كذلك لم يوجد القبض المستحق بالهبة فلم يكن له بُدٌّ من تجديد القبض، بخلاف المضمون بقيمتها أو مثلها حيث تصحُّ البراءة عنه، ألا يرىٰ أنه لو أبرأ الغاصبَ من ضمان الغصب جازَ فصارت الهبة براءةً من الضمان فيبقىٰ قبض من غير ضمانٍ فتصحُّ الهبة به.

قوله: وَإِذَا وَهَبَ الأَبُ لِابْنِهِ الصَّغِيرِ هِبَةً مَلَكَهَا الِابْنُ بِالْعَقْدِ، ولا فرقَ بينهما إذا كان في يده أو في يد مودعه، لأنَّ يد المودَع يد المودِع حكمًا، فيمكن أن يجعل قابضًا لولده باليد التي هيَ قائمةٌ مقام يده، فإن قيل: قد قلتم إذا وهبَ الوديعة من المودع جاز، ولو كانت يده كيد المودع لم يكن قابضًا لنفسه بحكم يده، قلنا: اليد للمودع في الحقيقة، فباعتبار هذه الحقيقة يجعل قابضًا لنفسه، ويده قامت مقام يد المودع ما دامَ هو في الحفظ عاملاً للمودع، وذا قبل التمليك بالهبة، فأمَّا بعد ذلك فهو عاملٌ لنفسه.

قوله: بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ مَرْهُونًا أَوْ مَغْصُوبًا، إلىٰ آخره، يعني إذا كان مال الأب مغصوبًا، أو كذا وكذا لم تتمَّ الهبة بالعقد، لأنه في يد غيره في الرهن والغصب، أو في ملك

مَغْصُوبًا أَوْ مَبِيعًا بَيْعًا فَاسِدًا؛ لِأَنَّهُ فِي يَدِ غَيْرِهِ أَوْ فِي مِلْكِ غَيْرِهِ، وَالصَّدَقَةُ فِي هٰذَا مِثْلُ الهِبَةِ، وَكَذَا إِذَا وَهَبَتْ لَهُ أُمُّهُ وَهُوَ فِي عِيَالِهَا وَالْأَبُ مَيِّتٌ وَلَا وَصِيَّ لَهُ، وَكَذٰلِكَ كُلُّ مَنْ يَعُولُهُ. (وَإِنْ وَهَبَ لَهُ أَجْنَبِيٌّ هِبَةً تَمَّتْ بِقَبْضِ الأَبِ) ؛ لِأَنَّهُ يَمْلِكُ عَلَيْهِ الدَّائِرَ بَيْنَ النَّافِعِ وَالضَّائِرِ فَأَوْلَىٰ أَنْ يَمْلِكَ المَنَافِعَ.

قَالَ: (وَإِذَا وَهَبَ لِلْيَتِيمِ هِبَةً فَقَبَضَهَا لَهُ وَلِيُّهُ وَهُوَ وَصِيُّ الأَبِ أَوْ جَدُّ اليَتِيمِ أَوْ وَصِيُّهُ جَازَ) ؛ لِأَنَّ لِهٰؤُلَاءِ وِلَايَةً عَلَيْهِ لِقِيَامِهِمْ مَقَامَ الأَبِ (وَإِنْ

غيره في البيع الفاسد، فإن قيل: ينبغي أن لا تتمَّ الهبة إذا كانت في يد مودعه لاشتراط الكمال في القبض وكون هذا القبض حكميًا وهو أنقص من القبض حقيقةً، قلنا: القبض حكمًا كافٍ لإتمام الهبة، ولهذا يجوز بالتخلية، بخلاف الشائع فإنَّ قبضه في ضمن الكل والضمني كأن لم يكن.

قوله: وَالصَّدَقَةُ فِي هٰذَا مِثْلُ الهِبَةِ، أي في حكم نيابة القبض عن قبض الصدقة، كما إذا تصدَّق علىٰ فقيرٍ بشيءٍ في يده أو على ابنه الصغير.

قوله: وَكَذٰلِكَ كُلُّ مَنْ يَعُولُهُ، نحو الأخ والعم والأجنبيِّ، أي إذا وهبَ الصغير من يعوله شيئًا فهو كما إذا وهب الأبُ لابنه الصغير في حكم القبض.

قوله: لِأَنَّ لِهٰؤُلَاءِ وِلَايَةً عَلَيْهِ، وفي الإيضاح: ولا يجوزُ قبض غير هؤلاء الأربعة، أراد بتلك الأربعة الأبَ ووصيه، والجد أب الأب بعد الأب ووصيه مع وجود واحد منهم، سواءٌ كان الصبيُّ في عيال القابض أو لم يكن، وسواءٌ كان ذا رحم محرم منه أو أجنبيًا لأنه ليست لهؤلاء ولاية التصرُّف في المال فقيامُ ولاية من يملك التصرُّف في المال يمنع ثبوت

كَانَ فِي حِجْرِ أُمِّهِ فَقَبْضُهَا لَهُ جَائِزٌ) ؛ لِأَنَّ لَهَا الوِلَايَةَ فِيمَا يَرْجِعُ إِلَىٰ حِفْظِهِ وَحِفْظِ مَالِهِ. وَهٰذَا مِنْ بَابِهِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَبْقَىٰ إِلَّا بِالْمَالِ فَلَا بُدَّ مِنْ وِلَايَةِ التَّحْصِيلِ (وَكَذَا إِذَا كَانَ فِي حِجْرِ أَجْنَبِيٍّ يُرَبِّيهِ) ؛ لِأَنَّ لَهُ عَلَيْهِ يَدًا مُعْتَبَرَةً. أَلَا تَرَىٰ أَنَّهُ لَا يَتَمَكَّنُ أَجْنَبِيٌّ آخَرُ أَنْ يَنْزِعَهُ مِنْ يَدِهِ فَيَمْلِكُ مَا يَتَمَحَّضُ نَفْعًا فِي حَقِّهِ (وَإِنْ قَبَضَ الصَّبِيُّ الهِبَةَ بِنَفْسِهِ جَازَ) مَعْنَاهُ إِذَا كَانَ عَاقِلًا؛ لِأَنَّهُ نَافِعٌ فِي حَقِّهِ وَهُوَ مِنْ أَهْلِهِ. وَفِيمَا وُهِبَ لِلصَّغِيرَةِ

حقُّ القبض له، ثمَّ قال: وإن لم يكن أحد من هؤلاء الأربعة جازَ قبض من كان الصبي في حجره وعياله ولم يجز قبض من لم يكن في عياله، لأنه إذا كان في عياله فله عليه ضرب ولايةٍ، ألا ترىٰ أنه يؤدِّ به ويسلمه في الصنائع فقيامُ هذا القدر من الولاية يطلق حقَّ قبض الهبة لأنه من باب المنفعة.

قوله: وَكَذَا إِذَا كَانَ فِي حِجْرِ أَجْنَبِيٍّ يُرَبِّيهِ، أي يجوز للأجنبيِّ الذي يربيه قبض الهبة له عند عدم هؤلاء الأربعة، وفي المبسوط: وإذا ثبتَ أنَّ للأجنبيِّ الذي يعوله أن يقبضَ هبة الغير له، فكذلك إذا كان هو الواهب فأعلمها وأبانَها فهو جائزٌ وقبضه له قبضٌ، ويستوي إن كان الصبيُّ يعقل أو لا يعقل، ثمَّ قال: وفيه نوعُ إشكالٍ لأنه إذا كان يعقل فهو من أهل القبض بنفسه فلا حاجةَ إلى اعتبار الخلف ههنا، والجواب أنه يقبض لا باعتبار الولاية علىٰ نفسه والصغير تنفي ولايته عن نفسه، ولكن لتوفير المنفعة عليه وفي اعتبار قبض من يعوله مع ذلك معنىٰ توفير المنفعة أظْهَر لأنه ينفتح عليه بابان لتحصيل هذه المنفعة، بخلاف الولد الكبير لأنه يقبض هناك بولايته علىٰ نفسه، وولاية الغير خلفٌ ولا يظهر عند ظهور الأصل.

قوله: وَإِنْ قَبَضَ الصَّبِيُّ الهِبَةَ بِنَفْسِهِ جَازَ، مَعْنَاهُ إِذَا كَانَ عَاقِلًا؛ لِأَنَّهُ نَافِعٌ فِي

يَجُوزُ قَبْضُ زَوْجِهَا لَهَا بَعْدَ الزِّفَافِ لِتَفْوِيضِ الأَبِ أُمُورَهَا إِلَيْهِ دَلَالَةً، بِخِلَافِ مَا قَبْلَ الزِّفَافِ وَيَمْلِكُهُ مَعَ حَضْرَةِ الأَبِ، بِخِلَافِ الأُمِّ وَكُلِّ مَنْ يَعُولُهَا غَيْرِهَا حَيْثُ لَا يَمْلِكُونَهُ إِلَّا بَعْدَ مَوْتِ الأَبِ أَوْ غَيْبَتِهِ غَيْبَةً مُنْقَطِعَةً فِي الصَّحِيحِ؛ لِأَنَّ تَصَرُّفَ هٰؤُلَاءِ لِلضَّرُورَةِ لَا بِتَفْوِيضِ الأَبِ، وَمَعَ حُضُورِهِ لَا ضَرُورَةَ.

حَقِّهِ وَهُوَ مِنْ أَهْلِهِ، أي من أهل مباشرة ما يتمحَّض نفعًا له، وهذا الذي ذكره جواب الاستحسان، وهو قولنا، وأمَّا جوابُ القياس وهو قول الشافعي رحمه الله تعالىٰ لا يجوز قبض الصغير بنفسه، لأنه لا معتبرَ بفعله قبل البلوغ، خصوصًا فيما يمكن تحصيله له بغيره، فإنَّ اعتبار عقله للضرورة وذلك فيما لا يمكن تحصيله له بغيره، ولهذا لم يعتبر الشافعي عقله في صحة إسلامه، واعتبره في وصيته أو اختياره أحد الأبوين، لأنَّ ذلك لا يمكن تحصيله له بغيره.

قوله: يَجُوزُ قَبْضُ زَوْجِهَا لَهَا بَعْدَ الزِّفَافِ، إلىٰ آخره، جوابٌ عن أن يقال: الولاية للأب عليها فلا يجوز قبض الزوج، فأجابَ بأنَّ الأبَ أقام الزوج مقام نفسه في حفظها وحفظ مالها إذا زفت إلىٰ بيته، وقبض الهبة من باب الحفظ فيقوم الزوج فيه مقام الأب، ولو قبض الأبُ أيضًا صحَّ لبقاء ولايته، وإن قبضت بنفسها جاز، ولا يكون الزوج في هذا بمنزلة ما لو سلَّم الأبَ ولده الصغير إلىٰ من يعوله، لأنَّ من ذلك لا يثبت به الاستحقاق والزوجُ بحكم النكاح يثبتُ له عليها استحقاق اليد، حتَّىٰ صار أوْلىٰ لها من أبيها.

قوله: بِخِلَافِ مَا قَبْلَ الزِّفَافِ، لأنَّ اعتبار ذلك بحكم أنه يعولها وأنَّ له عليها يدًا مستحقة وذلك لا يوجد قبل الزفاف.

قوله: فِي الصَّحِيحِ، يتعلَّق بقوله: حَيْثُ لَا يَمْلِكُونَهُ، وفي النهاية: قوله: فِي الصَّحِيحِ،

قَالَ: (وَإِذَا وَهَبَ اثْنَانِ مِنْ وَاحِدٍ دَارًا جَازَ) ؛ لِأَنَّهُمَا سَلَّمَاهَا جُمْلَةً وَهُوَ قَدْ قَبَضَهَا جُمْلَةً فَلَا شُيُوعَ (وَإِنْ وَهَبَهَا وَاحِدٌ مِنِ اثْنَيْنِ لَا يَجُوزُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَالَا يَصِحُّ) ؛ لِأَنَّ هٰذِهِ هِبَةُ الجُمْلَةِ مِنْهُمَا، إِذِ التَّمْلِيكُ وَاحِدٌ فَلَا يَتَحَقَّقُ الشُّيُوعُ كَمَا إِذَا رَهَنَ مِنْ رَجُلَيْنِ. وَلَهُ أَنَّ هٰذِهِ هِبَةُ النِّصْفِ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا، وَلِهٰذَا لَوْ كَانَتْ فِيمَا

متعلق بقوله: وَيَمْلِكُهُ مَعَ حَضْرَةِ الأَبِ، أي يملك الزوج قبض الهبة لأجل امرأته الصغيرة مع حضرة أبيها في الصحيح وإنه بعيدٌ، وإنَّما قال في الصحيح لأنَّ فيه خلافًا في الخلاصة، وذكر الصدر الشهيد رحمه الله تعالىٰ أنَّ قوله في الكتاب: الأم إنَّما تملكُ قبض الهبة للصغير إذا لم يكن للصغير أبٌ، هذا ليسَ بأمرٍ لازمٍ فإنه ذكر في الأصل: الأب إذا زوَّج ابنته الصغيرة من رجل فزوجها يملك قبض الهبة للصغيرة، ولا يجوز قبض الزوج قبل الزفاف وبعد البلوغ، وذكر في فتاوىٰ قاضي خان: ولو كان الصغير في عيال الجدِّ أو الأخ أو العم أو الأمّ فوهبَ له هبةً فقبض الهبةَ من كان الصغير في عياله والأبُ حاضرٌ اختلف المشايخ فيه، قال بعضهم: لا يجوز، والصحيح هو الجواز، كما لو قبَض الزوج وأب الصغيرة حاضرٌ.

قوله: وَهُوَ قَدْ قَبَضَهَا جُمْلَةً فَلَا شُيُوعَ، والمؤثر الشيوع عند القبض لا عند العقد، حتَّىٰ لو وَهَب الكل ثمَّ سلم النصف لا يجوز، ولو وَهَب النصف ثمَّ النصف وسلم الكلَّ جاز، والفقه فيه أنَّ الشائع محلُّ حكم الهبة وهو الملك والشائع يقبل الملك لكن الملك موقوفٌ على القبض الكامل وذلك لا يتحقَّق في الشائع فظهرَ أثر الشيوع في حقِّ القبض دون العقد فصحَّ العقد، فإذا زال الشيوع وورَدَ القبض علىٰ غير الشيوع بقي على الصحة.

قوله: كَمَا إِذَا رَهَنَ مِنْ رَجُلَيْنِ، بل أوْلىٰ، لأنَّ تأثير الشيوع في الرهن أكثر منه في

لَا يُقَسَّمُ فَقَبِلَ أَحَدُهُمَا صَحَّ، وَلِأَنَّ المِلْكَ يَثْبُتُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي النِّصْفِ فَيَكُونُ التَّمْلِيكُ كَذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ حُكْمُهُ، وَعَلَىٰ هٰذَا الِاعْتِبَارِ يَتَحَقَّقُ الشُّيُوعُ، بِخِلَافِ الرَّهْنِ؛ لِأَنَّ حُكْمَهُ الحَبْسُ، وَيَثْبُتُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَامِلًا، إِذْ لَا تَضَايُفَ فِيهِ فَلَا شُيُوعَ وَلِهٰذَا لَوْ قَضَىٰ دَيْنَ أَحَدِهِمَا لَا يَسْتَرِدُّ شَيْئًا مِنْ الرَّهْنِ (وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: إِذَا تَصَدَّقَ عَلَىٰ مُحْتَاجِينَ بِعَشَرَةِ دَرَاهِمَ أَوْ وَهَبَهَا لَهُمَا جَازَ، وَلَوْ تَصَدَّقَ بِهَا عَلَىٰ غَنِيَّيْنِ أَوْ وَهَبَهَا لَهُمَا لَمْ يَجُزْ، وَقَالَا: يَجُوزُ لِلْغَنِيَّيْنِ أَيْضًا) جَعَلَ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَجَازًا

الهبة، حتَّىٰ لا يجوز الرهن في مشاعٍ لا يحتمل القسمة، بخلاف الهبة، ثمَّ لو رَهَن من رجلين جازَ فالهبة أوْلىٰ، ولأنَّ الشيوع إنَّما يؤثر إذا وجد في الطرفين جميعًا، فأمَّا إذا حصلَ في أحد الطرفين فلا يؤثر لأنه لا يلحق بالمتبرع ضمانًا، وأبو حنيفة رحمه الله تعالىٰ يقول: قبض كلِّ واحد منهما لاقىٰ جزءًا شائعًا، وذلك غير موجبٍ للملك فيما يحتمل القسمة بحكم الهبة، كما لو وهب النصفَ لكلِّ واحد منهما بعقدٍ علىٰ حدةٍ، وهذا لأنَّ تأثير الشيوع باعتبار أنَّ القبض لا يتمُّ معه، وذلك موجودٌ ههنا، فكلُّ واحد منهما لا يقبض إلَّا نصيبه ولا يتمُّ قبضه مع الشيوع، لأنَّ القبضَ في المشاع لا يتحقَّق على سبيل الكمال، فإن قيل: هلا علَّقتم الملكَ بالتسليم ولا شيوعَ فيه دون القبض، فإنَّ الملك إنَّما تعلَّق بالقبض لنفي الضمان على المتبرع فوَجَبَ أن يعتبر جانبه وهو التسليم لا جانب القبض، قلنا: التسليمُ إنَّما يعتبرُ إذا حصلَ به التمكين من القبض علىٰ سبيل الكمال لأنه طريقٌ للقبض، فإذا لم يتمكَّن هو من القبض بصفة الكمال لم يعتبر التسليم.

قوله: وَعَلَىٰ هٰذَا الِاعْتِبَارِ يَتَحَقَّقُ الشُّيُوعُ، أي على اعتبار أنَّ الملك يثبت لكلِّ واحد منهما في النصف.

عَنِ الآخَرِ، وَالصَّلَاحِيَّةُ ثَابِتَةٌ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا تَمْلِيكٌ بِغَيْرِ بَدَلٍ، وَفَرَّقَ بَيْنَ الصَّدَقَةِ وَالْهِبَةِ فِي الحُكْمِ. وَفِي الأَصْلِ سَوَّىٰ بَيْنَهُمَا فَقَالَ: وَكَذٰلِكَ الصَّدَقَةُ؛ لِأَنَّ الشُّيُوعَ مَانِعٌ فِي الفَصْلَيْنِ لِتَوَقُّفِهِمَا عَلَى القَبْضِ. وَوَجْهُ الفَرْقِ عَلَىٰ هٰذِهِ الرِّوَايَةِ أَنَّ الصَّدَقَةَ يُرَادُ بِهَا وَجْهُ اللهِ تَعَالَىٰ وَهُوَ وَاحِدٌ، وَالْهِبَةُ يُرَادُ بِهَا وَجْهُ الغَنِيِّ وَهُمَا اثْنَانِ. وَقِيلَ هٰذَا هُوَ الصَّحِيحُ، وَالْمُرَادُ بِالْمَذْكُورِ فِي الأَصْلِ الصَّدَقَةُ عَلَىٰ غَنِيَّيْنِ. وَلَوْ وَهَبَ لِرَجُلَيْنِ دَارًا لِأَحَدِهِمَا ثُلُثَاهَا وَلِلْآخَرِ ثُلُثُهَا لَمْ يَجُزْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يَجُوزُ. وَلَوْ قَالَ لِأَحَدِهِمَا نِصْفُهَا وَلِلْآخَرِ نِصْفُهَا عَنْ أَبِي

قوله: وَفَرَّقَ بَيْنَ الصَّدَقَةِ وَالْهِبَةِ فِي الحُكْمِ، يعني لم يجوِّز الهبة من اثنين وجوَّز الصدقة منهما.

قوله: وَفِي الأَصْلِ سَوَّىٰ، ذكر في الأصل عقيب مسئلة الهبة: وَكَذٰلِكَ الصَّدَقَةُ، وهذا يدلُّ علىٰ أنَّ التصدُّق على اثنين فيما يحتمل القسمة باطلٌ عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، كالهبة لتوقفهما على القبض، فوجب أن يستويا في هذا أيضًا إذ المفسد واحدٌ وهو الشيوع، وفرَّق بينهما في الجامع الصغير، ووجه الفرق مذكورٌ في المتن، وفيه: وَقِيلَ هٰذَا هُوَ الصَّحِيحُ، وَالْمُرَادُ بِالْمَذْكُورِ فِي الأَصْلِ الصَّدَقَةُ عَلَىٰ غَنِيَّيْنِ.

قوله: وَلَوْ قَالَ لِأَحَدِهِمَا نِصْفُهَا وَلِلْآخَرِ نِصْفُهَا، في الإيضاح: رُوي عن أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ إذا قال لرجلين: وهبتُ لكما هذه الدار، لهذا نصفها وللآخر نصفها، فهو جائزٌ لأنَّ هذا يصلحُ أن يكون تفسيرًا للحكم الواقع بالهبة فجعل مجازًا عنه فلم يعتبر ذلك شيوعًا في العقد، ولو قال وهبتُ لك نصفها ولهذا نصفها لم يجز، لأنه يظهر الشيوع

يُوسُفَ فِيهِ رِوَايَتَانِ، فَأَبُو حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - مَرَّ عَلَىٰ أَصْلِهِ، وَكَذَا مُحَمَّدٌ. وَالْفَرْقُ لِأَبِي يُوسُفَ أَنَّ بِالتَّنْصِيصِ عَلَى الأَبْعَاضِ يَظْهَرُ أَنَّ قَصْدَهُ ثُبُوتُ المِلْكِ فِي البَعْضِ فَيَتَحَقَّقُ الشُّيُوعُ، وَلِهٰذَا لَا يَجُوزُ إِذَا رَهَنَ مِنْ رَجُلَيْنِ وَنَصَّ عَلَى الأَبْعَاضِ.

هنا في نفس العقد وثمَّة في حكم العقد، ثم فرَّق أبو يوسف رحمه الله تعالىٰ في إحدى الروايتين بينهما إذا نصَّ على الأبعاض متساويًا ومتفاضلاً، والفرقُ أنَّ حالة التفصيل متىٰ كانت لا تخالف حالة الإجمال فالتفصيلُ لغوٌ، ومتىٰ كانت تخالفُ حالة الإجمال فلا بُدَّ من اعتبار التفصيل، لأنَّ كلام العاقل لفائدته لا لعبثه، فإذا لم يكن مفيدًا لا يعتبر، فإذا نصف بينهما فالتفصيلُ لا يخالف الإجمال، لأنَّ موجب العقد عند الإجمال هو التنصيف فلا يعتبر تفصيله، وإذا تفاوتَ بينهما فالتفصيل يخالفُ الإجمال فلا بُدَّ من اعتباره، وإذا اعتبر يتفرَّق العقد ويظهر الشيوع في كلا العقدين، وهذا بخلاف الرهن لأنَّ حالة التفصيل ثمَّة تخالفُ حالة الإجمال في الوجهين، لأنَّ عند الإجمال يثبتُ حق الحبس لكلِّ واحد منهما في الكلِّ، وعند التفصيل لا يثبتُ سواءٌ كان التفصيل متساويًا أو متفاضلاً.

* * *

بَابُ مَا يَصِحُّ رُجُوْعَهُ وَمَا لَا يَصِحُّ

قَالَ: (وَإِذَا وَهَبَ هِبَةً لِأَجْنَبِيٍّ فَلَهُ الرُّجُوعُ فِيهَا) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا رُجُوعَ فِيهَا لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «لَا يَرْجِعُ الوَاهِبُ فِي هِبَتِهِ إِلَّا الوَالِدُ فِيمَا يَهَبُ لِوَلَدِهِ» وَلِأَنَّ الرُّجُوعَ يُضَادُّ التَّمْلِيكَ، وَالْعَقْدُ لَا يَقْتَضِي مَا يُضَادُّهُ، بِخِلَافِ هِبَةِ الوَالِدِ لِوَلَدِهِ عَلَىٰ أَصْلِهِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ

باب الرجوع في الهبة

قوله: قَالَ: وَإِذَا وَهَبَ هِبَةً لِأَجْنَبِيٍّ، احترز بالأجنبيِّ عن القريب المحرَّم، وجعل القريب غير المحرم في حكم الأجنبيِّ.

قوله: فَلَهُ الرُّجُوعُ فِيهَا، أي بالتَّراضي أو بقضاء القاضي إذا لم يقترن بِها ما يمنع الرجوع، وذكر الأحكام بعده أغنىٰ عن ذكر القيود.

قوله: بِخِلَافِ هِبَةِ الوَالِدِ لِوَلَدِهِ عَلَىٰ أَصْلِهِ، فإنَّ من أصل الشافعي أنَّ للأب في مال الابن حقُّ الملك، وعن هذا لم يجوِّز للأب أن يتزوَّج أمة ابنه، لأنَّ له فيها حقُّ الملك، لقوله عليه الصلاة والسلام: «إنَّ أطْيَبَ ما يأكل الرجلُ من كسبه، وإن ولده من كسبه»، وقوله عليه الصلاة والسلام: «أنتَ ومالكَ لأبيك» وهذا بظاهره يوجب حقيقة الملك في مال ابنه، ثمَّ هو وإن لم يثبت الحقيقة فلا أقلَّ من أن يثبت الحقَّ، فلا يجوز له أن يتزوَّج أمته لذلك، كما لا يجوز للمولىٰ أن يتزوَّج أمةَ مكاتبه.

يَتِمَّ التَّمْلِيكُ؛ لِكَوْنِهِ جُزْءًا لَهُ. وَلَنَا قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «الْوَاهِبُ أَحَقُّ بِهِبَتِهِ مَا لَمْ يُثَبْ مِنْهَا» أَيْ مَا لَمْ يُعَوَّضْ؛ وَلِأَنَّ المَقْصُودَ بِالْعَقْدِ هُوَ التَّعْوِيضُ لِلْعَادَةِ، فَتَثْبُتُ لَهُ وِلَايَةُ الفَسْخِ عِنْدَ فَوَاتِهِ، إِذِ العَقْدُ يَقْبَلُهُ، وَالْمُرَادُ بِمَا رُوِيَ نَفْيُ اسْتِبْدَادِ الرُّجُوعِ وَإِثْبَاتِهِ لِلْوَالِدِ؛ لِأَنَّهُ يَتَمَلَّكُهُ

قوله: وَلَنَا قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «الْوَاهِبُ أَحَقُّ بِهِبَتِهِ مَا لَمْ يُثَبْ مِنْهَا»، ولا يُقال: أنَّ المراد منه ما قبل التسليم فلا يكون حجةً؟ لأنا نقول: لا يصحُّ ذلك، لأنه أطْلَق اسم الهبة على الكمال وذا لا يكون قبل القبض والتسليم، ولأنه عليه الصلاة والسلام جعله أحقَّ بِها، وهذا يقتضي أن يكون لغيره فيه حقٌّ وذلك إنَّما يكون بعد القبض، ولأنه لو كان كذلك لخلا قوله: مَا لَمْ يُثَبْ مِنْهَا، عن الفائدة إذ هو أحقُّ وإن شرط العوض قبله.

قوله: وَالْمُرَادُ بِمَا رُوِيَ نَفْيُ اسْتِبْدَادِ الرُّجُوعِ، يعني الواهبُ لا يستبدُّ بالرجوع في هبته، بل لا بُدَّ من القضاء أو الرضاء، إلَّا الوالد فإنه يستبد بالرجوع فيما يهبه لولده عند احتياجه إلىٰ ذلك للإنفاق علىٰ نفسه، وذلك قد يسمَّىٰ رجوعًا في الهبة مجازًا، كما رُوِيَ أنَّ عمر رضي الله تعالىٰ عنه حمل واحدًا علىٰ فرسٍ في سبيل الله، ثمَّ رأىٰ ذلك الفرس يُباع فأراد أن يشتريه، فنهاه رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك وقال: «لا تعد في هبتكَ» مع أنَّ الشراء لا يكون رجوعًا حقيقةً، أو المراد لا يحلُّ الرجوع ديانةً ومروءةً، لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا يحلُّ لرجلٍ يؤمن بالله واليوم الآخر أن يبيتَ شبعانَ وجاره إلىٰ جنبه طارٍ» أي لا يليق ذلك في الديانة والمروءة وإن كان جائزًا في الحكم، إذ لم يكن عليه حقٌّ واجب، وهكذا نقول لا يليقُ بالمروءة الرجوعُ ويكره، ألا ترىٰ إلىٰ قوله عليه الصلاة والسلام: «العائدُ في هبته كالعائد في قيئه» وهذا التشبيه في معنى الاستقباح والاستقذار لا في حرمة الرجوع كما زعم الشافعي، ألا ترىٰ أنه قال في روايةٍ: كالكلب يقيء ثمَّ يعود في قيئه، وفعل الكلب يوصف بالقبح لا بالحرمة، وبه نقول أنه مستقبحٌ.

لِلْحَاجَةِ وَذٰلِكَ يُسَمَّىٰ رُجُوعًا. وَقَوْلُهُ فِي الكِتَابِ فَلَهُ الرُّجُوعُ لِبَيَانِ الحُكْمِ، أَمَّا الكَرَاهَةُ فَلَازِمَةٌ لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «الْعَائِدُ فِي هِبَتِهِ كَالْعَائِدِ فِي قَيْئِهِ» وَهٰذَا لِاسْتِقْبَاحِهِ.

موانع الرجوع في الهبة

ثُمَّ لِلرُّجُوعِ مَوَانِعُ ذَكَرَ بَعْضَهَا فَقَالَ: (إِلَّا أَنْ يُعَوِّضَهُ عَنْهَا) لِحُصُولِ المَقْصُودِ (أَوْ تَزِيدَ زِيَادَةً مُتَّصِلَةً) ؛ لِأَنَّهُ لَا وَجْهَ إِلَى الرُّجُوعِ فِيهَا دُونَ الزِّيَادَةِ؛ لِعَدَمِ الإِمْكَانِ وَلَا مَعَ الزِّيَادَةِ؛ لِعَدَمِ دُخُولِهَا تَحْتَ العَقْدِ.

قَالَ: (أَوْ يَمُوتَ أَحَدُ الْمُتَعَاقِدَيْنِ) ؛ لِأَنَّ بِمَوْتِ المَوْهُوبِ لَهُ يَنْتَقِلُ

موانع الرجوع في الهبة

قوله: ثُمَّ لِلرُّجُوعِ مَوَانِعُ، هيَ سبعةٌ: أحدها قبض العوض، وثانيها الزيادة المتصلة كالغرس والبناء والسمن، ولو كانت الزيادةُ منفصلةً بأن كانت الهبة أمةً فولدت عند الموهوب له من زوجٍ أو فجورٍ فللواهب أن يرجع فيها دون الولد، لأنَّ الرجوع في الأصل دون الزيادة ممكنٌ، وإن كانت الزيادة من سعرٍ فله أن يرجعَ، لأنَّ زيادة السعر ليست بزيادةٍ في عين الموهوب، وإنَّما هيَ زيادة رغبة الناس فيه، والعينُ بحالها كما كانت فلا يمنع الرجوع، وثالثها: موتُ أحد المتعاقدين، ورابعها: خروج الهبة عن ملك الموهوب له، وخامسها: المحرمية بالرحم، وسادسها: الزوجية وقت الهبة، حتَّىٰ لو وهب لامرأةٍ ثمَّ نكحها له أن يرجع فيها، ولو وهبَ لامرأته هبةً ثمَّ أبانَها فليسَ له أن يرجع فيها، وسابعها: هلاك الموهوبُ له، ويجمع الكلَّ «دمع خزقه» فالدَّال الزيادة، والميم موتُ أحدهما، والعين العوض، والخاء الخروج عن ملك الموهوب له، والزاي الزوجية، والقاف القرابة، والهاء هلاك الموهوب.

المِلْكُ إِلَى الوَرَثَةِ فَصَارَ كَمَا إِذَا انْتَقَلَ فِي حَالِ حَيَاتِهِ، وَإِذَا مَاتَ الوَاهِبُ فَوَارِثُهُ أَجْنَبِيٌّ عَنِ العَقْدِ إِذْ هُوَ مَا أَوْجَبَهُ.

قَالَ: (أَوْ تَخْرُجُ الهِبَةُ عَنْ مِلْكِ المَوْهُوبِ لَهُ) ؛ لِأَنَّهُ حَصَلَ بِتَسْلِيطِهِ فَلَا يَنْقُضُهُ، وَلِأَنَّهُ تَجَدَّدُ المِلْكِ بِتَجَدُّدِ سَبَبِهِ.

قَالَ: (فَإِنْ وَهَبَ لِآخَرَ أَرْضًا بَيْضَاءَ فَأَنْبَتَ فِي نَاحِيَةٍ مِنْهَا نَخْلًا أَوْ بَنَىٰ بَيْتًا أَوْ دُكَّانًا أَوْ آرِيًّا وَكَانَ ذٰلِكَ زِيَادَةً فِيهَا فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ فِي شَيْءٍ مِنْهَا) ؛ لِأَنَّ هٰذِهِ زِيَادَةٌ مُتَّصِلَةٌ. وَقَوْلُهُ وَكَانَ ذٰلِكَ زِيَادَةً فِيهَا؛ لِأَنَّ الدُّكَّانَ

قوله: فَإِنْ وَهَبَ لِآخَرَ أَرْضًا بَيْضَاءَ، الزيادة في الأرض قد لا تعدُّ زيادةً وقد تكون زيادةً في الكلِّ بأن ازدادت بها قيمة الكلِّ، وقد تعدُّ زيادةً في قطعة منها، كمَا إذا بنىٰ دكانـًا يعدُّ ذلك زيادةً في الدار، لأنَّ الزيادةَ في جانب الدار يوجبُ زيادةً في كل الدار فإنه يزداد بها قيمة كل الدار، وكما إذا كان في إحدىٰ عيني الجارية بُياضٌ فزالَ البياض، فالزيادة في عينها تكون زيادةً في كل الجارية، وإن كانت في موضعٍ خاصٍ كذا هذا، «الآري» المِعلَف عند العامة وهو مراد الفقهاء، وعند العرب «الآري» الأخية وهي عروةُ حبلٍ يشدُّ فيها الدابة في محبسها، فاعولٌ من تأرىٰ بالمكان إذا أقامَ فيه، كذا في المغرب.

قوله: فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ فِي شَيْءٍ مِنْهَا، فإن ترافعا الأمرَ إلى القاضي لم يقضِ لمكانِ الزيادة، ثمَّ إنَّ الموهوبَ له إن هدمَ الزيادة وقلعَ الشجر وعادت كما كان للواهب أن يرجع لزوال المانع، بخلاف ما لو اشترىٰ عبدًا علىٰ أنه بالخيار ثلاثة أيام فحُمَّ العبد في الأيام الثلاثة فخاصمه في الردِّ وأبطلَ القاضي حقَّ المشتري لمكان الحمىٰ ثمَّ زالَ الحمىٰ قبل مضي ثلاثة أيام ليسَ له أن يردَّ، والفرقُ أنَّ حقَّ الواهب في الرجوع لا يحتمل السقوطَ، حتى لو قال أسقطتُ أو أبطلتُ لا يسقطُ، فلا يسقطُ بسبب الزيادة إلا أنه امتنعَ لمانعٍ،

قَدْ يَكُونُ صَغِيرًا حَقِيرًا لَا يُعَدُّ زِيَادَةً أَصْلًا، وَقَدْ تَكُونُ الأَرْضُ عَظِيمَةً يُعَدُّ ذٰلِكَ زِيَادَةً فِي قِطْعَةٍ مِنْهَا فَلَا يَمْتَنِعُ الرُّجُوعُ فِي غَيْرِهَا.

قَالَ: (فَإِنْ بَاعَ نِصْفَهَا غَيْرَ مَقْسُومٍ رَجَعَ فِي البَاقِي) ؛ لِأَنَّ الِامْتِنَاعَ بِقَدْرِ المَانِعِ (وَإِنْ لَمْ يَبِعْ شَيْئًا مِنْهَا لَهُ أَنْ يَرْجِعَ فِي نِصْفِهَا) ؛ لِأَنَّ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ فِي كُلِّهَا فَكَذَا فِي نِصْفِهَا بِالطَّرِيقِ الأَوْلَىٰ.

قَالَ: (وَإِنْ وَهَبَ هِبَةً لِذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ فَلَا رُجُوعَ فِيهَا) لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «إِذَا كَانَتِ الهِبَةُ لِذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ لَمْ يَرْجِعْ فِيهَا»؛ وَلِأَنَّ المَقْصُودَ فِيهَا صِلَةُ الرَّحِمِ وَقَدْ حَصَلَ (وَكَذٰلِكَ مَا وَهَبَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ لِلْآخَرِ) ؛ لِأَنَّ المَقْصُودَ فِيهَا الصِّلَةُ كَمَا فِي القَرَابَةِ، وَإِنَّمَا يُنْظَرُ إِلَىٰ هٰذَا المَقْصُودِ وَقْتَ العَقْدِ، حَتَّىٰ لَوْ تَزَوَّجَهَا بَعْدَمَا وَهَبَ لَهَا فَلَهُ الرُّجُوعُ، وَلَوْ أَبَانَهَا بَعْدَمَا وَهَبَ فَلَا رُجُوعَ.

قَالَ: (وَإِذَا قَالَ المَوْهُوبُ لَهُ لِلْوَاهِبِ خُذْ هٰذَا عِوَضًا عَنْ هِبَتِكَ أَوْ

فإذا زالَ فله الرجوع، فأمَّا حقُّ المشتري فيحتملُ السقوطَ بقوله أسْقطتُ فكذا بإسقاط القاضي، كذا ذكره الخبازي رحمه الله تعالىٰ، وذكر صاحب النهاية فيه: رجلٌ وهبَ لرجلٍ وصيفًا فثبتَ عند الموهوب له وكبر وطال ثمَّ صار شيخًا فأراد الواهبُ أن يرجع فيه وقيمة الساعة أقلُّ من قيمته حين وهبه فليسَ له أن يرجع فيه لأنه زادَ من وجهٍ وانتقصَ من وجهٍ وحين زادَ سقطَ حقُّ الرجوع فلا يعود بعد ذلك.

قوله: وَإِذَا قَالَ المَوْهُوبُ لَهُ لِلْوَاهِبِ خُذْ هٰذَا عِوَضًا عَنْ هِبَتِكَ، وصورة التعويض

بَدَلًا عَنْهَا أَوْ فِي مُقَابَلَتِهَا فَقَبَضَهُ الوَاهِبُ سَقَطَ الرُّجُوعُ) لِحُصُولِ المَقْصُودِ، وَهٰذِهِ العِبَارَاتُ تُؤَدِّي مَعْنًىٰ وَاحِدًا (وَإِنْ عَوَّضَهُ أَجْنَبِيٌّ عَنِ المَوْهُوبِ لَهُ مُتَبَرِّعًا فَقَبَضَ الوَاهِبُ العِوَضَ بَطَلَ الرُّجُوعُ) ؛ لِأَنَّ

أن يذكر لفظًا يعلم الواهب أنه عوضُ هبته بأن يقول الموهوب له: هذا عوض هبتكَ، أو جزاء هبتك، أو ثواب هبتك، أو بدل هبتك، أمَّا إذا وَهَب من الواهب شيئًا ولم يعلم الواهب أنه عوض هبته كان لكلٍّ واحد منهما أن يرجع في هبته، وفي المبسوط: سواءٌ كان العوض شيئًا قليلاً أو كثيرًا، من جنس الهبة أو من غير جنسها، لأنَّ هذه ليست بمعاوضةٍ محضةٍ فلا يتحقَّق فيها الربا، وإنَّما تأثيرُ العوض في قطع الحقِّ في الرجوع لتحصيل المقصود، ولا فرقَ في ذلك بين القليل والكثير إذا بيَّنه للواهب ورضيَ به الواهبُ، ويشترطُ شرائط الهبة في العوض من القبض والإفراز لأنه تبرعٌ، وينبغي أن يكون من غير الموهوب، أمَّا إذا عوض شيئًا من الموهوب عوض الموهوب لا يجوزُ، وفي المبسوط: وإن كانت الهبة ألف درهم والعوض درهم واحدٌ من تلك الدراهم لم يكن عوضًا، وكان للواهب أن يرجعَ في الهبة، وكذلك إن كانت الهبة دارًا والعوض بيت منها، وعن زفر أنَّ هذا يكون عوضًا لأنَّ ملك الموهوب له تمَّ في الموهوب بالقبض فالتحقَ المقبوض بسائر أمواله، وكما يصلح سائر أمواله عوضًا عن الهبة، قلَّ ذلك أو كثر، فكذلك هذا، وجهُ قولنا أنَّ مقصود الواهب بِهذا لا يحصل، لأنَّا نعلمُ يقينًا أنَّه بِهبته ألف درهم له ما قصدَ تحصيل درهمٍ من تلك الدراهم لنفسه، لأنَّ ذلك كان سالمًا له.

قوله: وَإِنْ عَوَّضَهُ أَجْنَبِيٌّ عَنِ المَوْهُوبِ لَهُ مُتَبَرِّعًا فَقَبَضَ، بين الحكم في التبرع ليثبت الحكم فيما إذا عوضه بأمر الموهوب له بالطريق الأَوْلىٰ، لأنَّ ذلك بمنزلة تعويض الموهوب له بنفسه.

العِوَضَ لِإِسْقَاطِ الحَقِّ فَيَصِحُّ مِنَ الأَجْنَبِيِّ كَبَدَلِ الخُلْعِ وَالصُّلْحِ (وَإِذَا اسْتَحَقَّ نِصْفَ الهِبَةِ رَجَعَ بِنِصْفِ العِوَضِ) ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُسَلِّمْ لَهُ مَا يُقَابِلُ نِصْفَهُ (وَإِنِ اسْتَحَقَّ نِصْفَ العِوَضِ لَمْ يَرْجِعْ فِي الهِبَةِ إِلَّا أَنْ يَرُدَّ مَا بَقِيَ ثُمَّ يَرْجِعُ) وَقَالَ زُفَرُ: يَرْجِعُ بِالنِّصْفِ اعْتِبَارًا بِالْعِوَضِ الآخَرِ.

قوله: كَبَدَلِ الخُلْعِ، وبيانه أنَّ التعويضَ في الهبة يفيد الموهوب له بسقوط حقِّ الرجوع، وهذا السقوطُ ليس بشيءٍ، فيصحُّ العوضُ عن الأجنبيِّ كالخلع، فإنَّ المرأة تستفيدُ ببدل الخلع سقوط ملك الزوج عنها وقد جاز البدل عن الأجنبيِّ، بخلاف الثمن في باب البيع، لأنَّ المشتري يسلم له المبيع فلا يجوز وجوبُ الثمن على الأجنبيِّ ابتداءً بمقابلة سلامة المبيع له، وكذلك الصلحُ عن إنكار لمَّا لم يسلم للمصالح إلَّا سقوطُ حقِّ الخصومة يجوز أن يجب بدل الصلح على الأجنبيِّ ابتداءً بدون أن يجب عليه، وكذلك الصلحُ عن دم العمد لأنه إسقاطٌ، وكذلك الصلح عن دينٍ سواءٌ كان بإقرارٍ أو بإنكارٍ، وفي المبسوط قال: كصلح الأجنبيِّ مع صاحب الدين من دينه علىٰ مال نفسه يجوز ويسقطُ به الدين عن المديون، فهذا مثله.

قوله: وَقَالَ زُفَرُ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ: يَرْجِعُ بِالنِّصْفِ، أي بنصف الموهوب اعتبارًا بالعوض الآخر وهو الموهوب، فإنَّه لو استحقَّ نصفه يرجع بنصف العوض، لأنَّ كلَّ واحد منهما يصير مقابلاً بالآخر، كما في بيع العرض بالعرض، فإنه إذا استحقَّ نصف أحدهما يكون للمستحق عليه أن يرجع علىٰ صاحبه بنصف ما يقابله، ولنا أنَّ الباقي يصلح عوضًا للكلِّ من الابتداء، وبالاستحقاق ظَهَرَ أنه لا عوضَ إلَّا هو، فإن قيل: في الابتداء يجعل تمليكُ النصف عوضًا له عن جميع الهبة، وأمَّا في الاستحقاق فهو قد جعلَ تمليك الكلِّ عوضًا من جميع الهبة، فيكون ذلك تنصيصًا منه علىٰ أنَّ النصف عوضٌ عن نصف الهبة فلا يجوز أن يجعل بالاستحقاق النصفَ عوضًا عن الجميع،

وَلَنَا أَنَّهُ يَصْلُحُ عِوَضًا لِلْكُلِّ مِنْ الِابْتِدَاءِ، وَبِالِاسْتِحْقَاقِ ظَهَرَ أَنَّهُ لَا عِوَضَ إلَّا هُوَ، إلَّا أَنَّهُ يَتَخَيَّرُ؛ لِأَنَّهُ مَا أَسْقَطَ حَقَّهُ فِي الرُّجُوعِ إلَّا لِيَسْلَمَ لَهُ كُلُّ العِوَضِ وَلَمْ يَسْلَمْ فَلَهُ أَنْ يَرُدَّهُ.

قَالَ: (وَإِنْ وَهَبَ دَارًا فَعَوَّضَهُ مِنْ نِصْفِهَا رَجَعَ الوَاهِبُ فِي النِّصْفِ الَّذِي لَمْ يُعَوِّضْ)؛ لِأَنَّ المَانِعَ خَصَّ النِّصْفَ.

قَالَ: (وَلَا يَصِحُّ الرُّجُوعُ إلَّا بِتَرَاضِيهِمَا أَوْ بِحُكْمِ الحَاكِمِ) ؛ لِأَنَّهُ مُخْتَلَفٌ بَيْنَ العُلَمَاءِ، وَفِي أَصْلِهِ وَهَاءٌ وَفِي حُصُولِ المَقْصُودِ وَعَدَمِهِ خَفَاءٌ، فَلَا بُدَّ مِنَ الفَصْلِ بِالرِّضَا أَوْ بِالْقَضَاءِ، حَتَّىٰ لَوْ كَانَتِ الهِبَةُ عَبْدًا

قلنا: هذا التقسيمُ في المبادلات لأنَّ البعض ينقسم على البعض لتتحقَّق المقابلة، وهذا ليسَ بمبادلةٍ علىٰ سبيل المقابلة، فلا يثبتُ هذا التقسيم في حقه، ولكن كل جزء من أجزاء العوض يكون عوضًا عن جميع الهبة فلا يكون له أن يرجعَ في شيءٍ من الهبة مع سلامة جزءٍ من العوض، وذكر في الأسرار: بخلاف ما إذا كان العوض شرطًا، لأنَّها تتمُّ بيعًا ومبادلةً فيوزع البدلُ على المبدل، فأمَّا في مسئلتنا فالسقوطُ حكمٌ والعوض علةٌ والحكمُ يثبت بالعلة ولا يتوزع على العلل وإن كثرت فلا يبطلُ شيءٌ من الحكم بذهاب بعض ما يصلح علةً إذا بقي ما يصلح علَّةً.

قوله: لِأَنَّهُ - أي لأنَّ الرجوع - مُخْتَلَفٌ بَيْنَ العُلَمَاءِ، فمنهم من رأىٰ ومنهم من أبىٰ، وَفِي أَصْلِهِ - أي أصل الرجوع - وَهَاءٌ، أي ضعف، وفي المغرب: الوهاء بالمدِّ خطأ وإنَّما هو الوهيُ مصدر وَهَي الحبل يهي وهيًا إذا ضَعُفَ، وَفِي حُصُولِ المَقْصُودِ وَعَدَمِهِ خَفَاءٌ، فمن الجائز أن يكون مراده الثواب والتحية، وعلىٰ هذا لا يرجع لحصول

فَأَعْتَقَهُ قَبْلَ القَضَاءِ نَفَذَ، وَلَوْ مَنَعَهُ فَهَلَكَ لَمْ يَضْمَنْ؛ لِقِيَامِ مِلْكُهُ فِيهِ، وَكَذَا إِذَا هَلَكَ فِي يَدِهِ بَعْدَ القَضَاءِ؛ لِأَنَّ أَوَّلَ القَبْضِ غَيْرُ مَضْمُونٍ، وَهٰذَا دَوَامٌ عَلَيْهِ إِلَّا أَنْ يَمْنَعَهُ بَعْدَ طَلَبِهِ؛ لِأَنَّهُ تَعَدَّىٰ، وَإِذَا رَجَعَ بِالْقَضَاءِ أَوْ بِالتَّرَاضِي يَكُونُ فَسْخًا مِنَ الأَصْلِ حَتَّىٰ لَا يَشْتَرِطُ قَبْضَ الوَاهِبِ وَيَصِحُّ فِي الشَّائِعِ؛ لِأَنَّ العَقْدَ وَقَعَ جَائِزًا مُوجِبًا حَقَّ الفَسْخِ، فَكَانَ بِالْفَسْخِ

مقصوده، ومن الجائز أن يكون مراده العوضُ وعلىٰ هذا يرجعُ، فَلَا بُدَّ مِنَ الفَصْلِ بِالرِّضَا أَوْ بِالْقَضَاءِ، ولأنَّ الرجوع فسخ العقد فلا يصحُّ إلَّا ممَّن له ولايةٌ عامةٌ وهو القاضي، أو منهما لولايتهما علىٰ أنفسهما كالردِّ بالعيب بعد القبض.

قوله: وَهٰذَا دَوَامٌ عَلَيْهِ، أي القبضُ المحقَّق دوامُ ذلك القبض الذي لم ينعقد سببًا للضمان.

قوله: حَتَّىٰ لَا يَشْتَرِطُ قَبْضَ الوَاهِبِ، يعني لو كان كالهبة ابتداءً لكان القبض شرطًا، كما في الهبة المبتدأة، ولَمَا صحَّ الرجوع في النصف للشيوع.

قوله: فَيَظْهَرُ عَلَى الإِطْلَاقِ، أي الفسخ يظهرُ على الإطلاق حالتي القضاء والرضاء، لأنَّ استيفاء الحقِّ لا يتوقَّف على القضاء، وهذا لأنَّ حقُّ الواهب في الرجوع مقصودٌ على العين وفي مثله القضاء وغيره سواءٌ كالأخذ بالشفعة، بخلاف الردِّ بالعيب بعد القبض إذا كان بغير قضاءٍ فإنه يعتبر عقدًا جديدًا في حقِّ الثالث، لأنَّ المشتري لا حقَّ له في الفسخ وإنَّما حقه في صفة السلامة، فإذا لم يكن سليمًا وفاتَ المشروط كان له أن لا يرضىٰ فيثبتُ في حقِّ الفسخ ضرورةً فيتوقَّف لزوم موجبِ الفسخ في حقِّ الثالث على القضاء.

مُسْتَوْفِيًا حَقًّا ثَابِتًا لَهُ فَيَظْهَرُ عَلَى الإِطْلَاقِ، بِخِلَافِ الرَّدِّ بِالْعَيْبِ بَعْدَ القَبْضِ؛ لِأَنَّ الحَقَّ هُنَاكَ فِي وَصْفِ السَّلَامَةِ لَا فِي الفَسْخِ فَافْتَرَقَا.

قَالَ: (وَإِذَا تَلِفَتِ العَيْنُ المَوْهُوبَةُ وَاسْتَحَقَّهَا مُسْتَحِقٌّ وَضَمِنَ المَوْهُوبُ لَهُ لَمْ يَرْجِعْ عَلَى الوَاهِبِ بِشَيْءٍ) ؛ لِأَنَّهُ عَقْدُ تَبَرُّعٍ فَلَا يَسْتَحِقُّ فِيهِ السَّلَامَةَ، وَهُوَ غَيْرُ عَامِلٍ لَهُ، وَالْغُرُورُ فِي ضِمْنِ عَقْدِ المُعَاوَضَةِ سَبَبُ

قوله: بِخِلَافِ الرَّدِّ بِالْعَيْبِ بَعْدَ القَبْضِ، أي بعد قبض المشتري، أمَّا قبل القبض ففسخٌ من الأصل.

قوله: لِأَنَّ الحَقَّ هُنَاكَ فِي وَصْفِ السَّلَامَةِ، يعني إنَّ في فصل الرجوع في الهبة هما يفعلان عين ما يفعله القاضي فيكون فسخًا، وفي الردِّ بالعيب القاضي يلزم على الخصم أولاً تسليمُ وصف السلامة، فإذا عجز البائع عن ذلك يفسخ البيع، فهما لم يفعلا مثل فعل القاضي، فلهذا لم يصر فسخًا بل يكون بمنزلة البيع ابتداءً.

قوله: فَلَا يَسْتَحِقُّ فِيهِ السَّلَامَةَ، لأنه لم يلزم السلامة لا صريحًا ولا دلالةً، أمَّا صريحًا فظاهرٌ، وأمَّا دلالةً فلأنَّ دلالة الالتزام في المعاوضة سلامة البدل له، وهذا المعنى معدومٌ هنا.

قوله: وَهُوَ غَيْرُ عَامِلٍ لَهُ، احترازٌ عن المودع إذا هلكت الوديعة في يده واستحقَّها مستحقٌّ وضمنه فإنه يرجع على المودع، لأنَّ المودعَ عاملٌ للمودع في الحفظ، وعن المضارب إذا اشترىٰ شيئًا بمال المضاربة ثمَّ استحقَّ رأس المال وضمنه المستحقُّ، فإنَّ المضاربَ يرجعُ بالثمن علىٰ ربِّ المال لأنه عاملٌ له، أمَّا الموهوب له فغير عاملٌ للواهب فلا يرجعُ عليه.

قوله: وَالْغُرُورُ فِي ضِمْنِ عَقْدِ المُعَاوَضَةِ سَبَبُ الرُّجُوعِ، كما في ولد المغرور، فإنه

الرُّجُوعِ لَا فِي غَيْرِهِ.

قَالَ: (وَإِذَا وَهَبَ بِشَرْطِ العِوَضِ أُعْتُبِرَ التَّقَابُضُ فِي العِوَضَيْنِ، وَتَبْطُلُ بِالشُّيُوعِ) ؛ لِأَنَّهُ هِبَةٌ ابْتِدَاءً (فَإِنْ تَقَابَضَا صَحَّ العَقْدُ وَصَارَ فِي حُكْمِ البَيْعِ يُرَدُّ بِالْعَيْبِ وَخِيَارِ الرُّؤْيَةِ وَتُسْتَحَقُّ فِيهِ الشُّفْعَةُ) ؛ لِأَنَّهُ بَيْعٌ انْتِهَاءً. وَقَالَ زُفَرُ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمَا اللهُ: هُوَ بَيْعٌ ابْتِدَاءً وَانْتِهَاءً؛ لِأَنَّ فِيهِ مَعْنَىٰ البَيْعِ وَهُوَ التَّمْلِيكُ بِعِوَضٍ، وَالْعِبْرَةُ فِي العُقُودِ لِلْمَعَانِي، وَلِهَذَا كَانَ

يرجعُ بقيمة الولد على البائع وإن لم توجد المعاوضة في الولد ولم يعمل للبائع، ولكنه مغرورٌ في ضمن المعاوضة فيصلحُ سببًا للضمان، لأنَّ المعاوضة عقد ضمانٍ فما كان فى ضمنه جاز أن يكون سببًا للضمان، لأنَّ المتضمن له حكم المتضمن، ولا كذلك هنا فإنَّ الغرور ليس في ضمن عقد المعاوضة.

قوله: وَإِذَا وَهَبَ بِشَرْطِ العِوَضِ أُعْتُبِرَ التَّقَابُضُ فِي العِوَضَيْنِ، إلىٰ آخره، ذكر الإمام المحبوبي في الجامع الصغير: هذا الذي ذكره فيما إذا ذكره بكلمة «علىٰ»، وأمَّا لو ذكره بحرف الباء بأن قال: وهبتُ منك هذا العبد بثوبك هذا، أو بألف درهم، وقبله الآخر يكون بيعًا ابتداءً وانتهاءً بالإجماع.

قوله: لِأَنَّهُ هِبَةٌ ابْتِدَاءً، فإن قيل: لِمَ لم يعكس الأمرُ؟ قلنا: لأنَّ الهبةَ انعقادُ العقد باللفظ، والمقصودُ هو الحكم وإنه بعدَ تمام العقد، فعند الانعقاد اعتبرنا اللفظَ لأنَّ العقد به ينعقدُ، وعند التمام اعتبرنا المقصود، كذا في المبسوط.

قوله: وَالْعِبْرَةُ فِي العُقُودِ لِلْمَعَانِي، ألا ترىٰ أنَّ الكفالةَ بشرط براءة الأصيل حوالةٌ، والحوالةُ بشرط مطالبة الأصيل كفالةٌ، وإنَّه لو وَهَب بنته لرجلٍ يكون نكاحًا، ولو وهب امرأته لنفسها يكون طلاقًا، ولو وَهَب عبده لنفسه كان إعتاقًا، ولو وهب الدين لِمَن عليه

بَيْعُ العَبْدِ مِنْ نَفْسِهِ إعْتَاقًا. وَلَنَا أَنَّهُ اشْتَمَلَ عَلَىٰ جِهَتَيْنِ فَيُجْمَعُ بَيْنَهُمَا مَا أَمْكَنَ عَمَلًا بِالشَّبَهَيْنِ، وَقَدْ أَمْكَنَ؛ لِأَنَّ الهِبَةَ مِنْ حُكْمِهَا تَأَخُّرُ المِلْكِ إِلَى القَبْضِ، وَقَدْ يَتَرَاخَىٰ عَنِ البَيْعِ الفَاسِدِ وَالْبَيْعُ مِنْ حُكْمِهِ اللُّزُومُ، وَقَدْ تَنْقَلِبُ الهِبَةُ لَازِمَةً بِالتَّعْوِيضِ فَجَمَعْنَا بَيْنَهُمَا، بِخِلَافِ بَيْعِ نَفْسِ العَبْدِ مِنْ نَفْسِهِ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ اعْتِبَارُ البَيْعِ فِيهِ، إِذْ هُوَ لَا يَصْلُحُ مَالِكًا لِنَفْسِهِ.

كان إبراءً، فاللفظُ واحدٌ واختلفت العقود لاختلاف المعنى والمقصود.

قوله: وَقَدْ أَمْكَنَ، جوابٌ لأن يُقال: لا يمكن الجمع هنا لتحقُّق المنافاة بين العقدين فإنَّ قضية البيع اللزوم وترتب الملك عليه بلا فصلٍ، وحكم الهبة علىٰ عكسه وتنافي اللازمين مستلزمٌ لتنافي الملزومين فتحقَّق المنافاة بين البيع والهبة ضرورةً، قلنا: البيع قد يكون غير لازمٍ كالبيع بالخيار وقد لا يترتَّبُ عليه الملك كما في البيع الفاسد، لتوقفه علىٰ وجود القبض فلم يكن اللزوم والترتب من لوازمه ضرورةً والهبة قد تقعُ لازمةً كهبة القريب وغيره، وقد يترتبُ الملك عليها بلا فصلٍ، كما لو كانت الهبة في يد الموهوب له فلم يكن عدم اللزوم وعدم الترتب من لوازمها ضرورةً، علىٰ أنَّ المستحيل الجمعُ بين المتنافيين في حالةٍ واحدةٍ، فأمَّا إذا جعلناها هبة ابتداءً وبيعًا انتهاءً فلِمَ لا يجوز، وهذا بخلاف بيع العبد من نفسه، لأنه لا يمكن فيه تحقُّق البيع والإعتاق لأنه لا يحتملُ معنى البيع بوجهٍ مَا، إذ العبد لا يصلح مالكًا لنفسه، لأنه لا يملك غيره مالاً فكيفَ يملك لنفسه، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

فَصْلٌ: مَسَائِل مُتْعَلِّقَة بِالهِبَة

قَالَ: (وَمَنْ وَهَبَ جَارِيَةً إِلَّا حَمْلَهَا صَحَّتِ الهِبَةُ وَبَطَلَ الِاسْتِثْنَاءُ) ؛ لِأَنَّ الِاسْتِثْنَاءَ لَا يَعْمَلُ إِلَّا فِي مَحَلٍّ يَعْمَلُ فِيهِ العَقْدُ، وَالْهِبَةُ لَا تَعْمَلُ فِي الحَمْلِ لِكَوْنِهِ وَصْفًا عَلَىٰ مَا بَيَّنَّاهُ فِي البُيُوعِ فَانْقَلَبَ شَرْطًا فَاسِدًا، وَالْهِبَةُ لَا تَبْطُلُ بِالشُّرُوطِ الفَاسِدَةِ، وَهٰذَا هُوَ الحُكْمُ فِي النِّكَاحِ وَالْخُلْعِ

فصل

قوله: وَمَنْ وَهَبَ جَارِيَةً إِلَّا حَمْلَهَا صَحَّتِ الهِبَةُ وَبَطَلَ الِاسْتِثْنَاءُ؛ لِأَنَّ الِاسْتِثْنَاءَ لَا يَعْمَلُ إِلَّا فِي مَحَلٍّ يَعْمَلُ فِيهِ العَقْدُ، الأصلُ أنَّ ما لا يصحُّ إفرازه بالعقد لا يصحُّ استثناؤه من العقد، والهبةُ لا تعمل في الحمل لكونه جزءًا منها حقيقةً وحكمًا، ولهذا يتحرَّك بتحركها ويسكن بسكونها، وهو متصل بِها اتصال خلقةٍ ويدخل في بيعها وإعتاقها ووصيتها بدون الذكر فلا يجوز الاستثناء، لأنَّ الاستثناء في الأطراف والأجزاء لا يتحقَّق لأنَّ الدليلَ المستتبع قائمٌ، ولأنَّ الاستثناء تصرُّفٌ في اللفظ فلا يعملُ إلا في الملفوظ، والحمل بمنزلة جزء من أجزائها فيكون في حكم الأوصاف، واللفظ يردُ على الذات لا على الأوصاف فلا يصحُّ استثناؤه، لأنه ليسَ بملفوظٍ، وإذا لم يكن تصحيحه استثناءً يبقىٰ شرطًا فاسدًا، لأنه علىٰ خلاف مقتضى العقد، لأنَّ العقد يقتضي دخول جميع الأوصاف، وهذا يقتضي خلافه.

قوله: وَهٰذَا هُوَ الحُكْمُ فِي النِّكَاحِ، بأن تزوَّج امرأةً علىٰ جاريةٍ واستثنىٰ حملها

وَالصُّلْحِ عَنْ دَمِ العَمْدِ؛ لِأَنَّـهَا لَا تَبْطُلُ بِالشُّرُوطِ الفَاسِدَةِ، بِخِلَافِ البَيْعِ وَالْإِجَارَةِ وَالرَّهْنِ؛ لِأَنَّـهَا تَبْطُلُ بِهَا. (وَلَوْ أَعْتَقَ مَا فِي بَطْنِهَا ثُمَّ وَهَبَهَا جَازَ)؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَبْقَ الجَنِينُ عَلَىٰ مِلْكِهِ فَأَشْبَهَ الِاسْتِثْنَاءَ، (وَلَوْ دَبَّرَ مَا فِي بَطْنِهَا ثُمَّ وَهَبَهَا لَمْ يَجُزْ)؛ لِأَنَّ الحَمْلَ بَقِيَ عَلَىٰ مِلْكِهِ فَلَمْ يَكُنْ شَبِيهَ الِاسْتِثْنَاءِ، وَلَا يُمْكِنُ تَنْفِيذُ الهِبَةِ فِيهِ لِمَكَانِ التَّدْبِيرِ فَبَقِيَ هِبَةُ

يبطل الاستثناء، وتصير الجارية مع الحمل مهرًا، وكذلك إذا جعل الجارية الحامل بدل الخلع واستثنىٰ حملها لا يصحُّ الاستثناء ويصير الحمل والجارية بدل الخلع.

قوله: وَلَوْ أَعْتَقَ مَا فِي بَطْنِهَا ثُمَّ وَهَبَهَا جَازَ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَبْقَ الجَنِينُ عَلَىٰ مِلْكِهِ فَأَشْبَهَ الِاسْتِثْنَاءَ، ووجه المشابَهة أنَّ فى صورة إعتاق الحمل لا يبقى الحمل علىٰ ملك الواهب فكذا في استثناء الحمل، لأنَّ الحمل لا يبقىٰ أيضًا علىٰ ملك الواهب بعد الاستثناء لعدم صحة استثناء الحمل، وَلَوْ دَبَّرَ مَا فِي بَطْنِهَا ثُمَّ وَهَبَهَا لَمْ يَجُزْ؛ لِأَنَّ الحَمْلَ بَقِيَ عَلَىٰ مِلْكِهِ فَلَمْ يَكُنْ شَبِيهَ الِاسْتِثْنَاءِ، والفرقُ أنَّ التدبيرَ لا يزيلُ ملك المدبَّر والموهوب متصل بما ليسَ بموهوبٍ وهو في ملك الواهب فصار كهبة المشاع فيما يقسمُ، أو كهبة شيءٍ مشغولٍ بملك الواهب فلم يجز، فأمَّا الإعتاق فمزيِّلٌ ملك المعتق، فإذا وَهَب الأمَّ بعد إعتاق الجنين فالموهوبُ غير متَّصلٍ بما ليسَ بموهوبٍ في ملك الواهب، فهو كما لو وَهَب أرضًا فيها ابنُ الواهب واقفٌ وسلمها إلى الموهوب له فإنَّ الهبة تتمُّ كذا هنا، وفي الكافي: وشبه الإعتاق بالاستثناء في الهداية من حيثُ إنَّ الهبـة تصحُّ في الأمة كما في فصل الاستثناء، ونفي التشبيه في فصل التدبير من حيثُ إنَّ الهبة لا تصحُّ في الأمة، لأنَّ تدبير الولد مانعٌ فلم يكن نظير الاستثناء، وفي الإيضاح: والمعنىٰ فيه أنَّ الملك في باب الهبة متعلِّقٌ بفعل حسِّيٍّ وهو القبض والقبضُ لا يفسدُ بالشروط، وإنَّما الشروط تؤثرُ في العقود الشرعية لأنَّ الحسيات

الْمُشَاعِ أَوْ هِبَةُ شَيْءٍ هُوَ مَشْغُولٌ بِمِلْكِ المَالِكِ. (فَإِنْ وَهَبَهَا لَهُ عَلَىٰ أَنْ يَرُدَّهَا عَلَيْهِ أَوْ عَلَىٰ أَنْ يَعْتِقَهَا أَوْ أَنْ يَتَّخِذَهَا أُمَّ وَلَدٍ أَوْ وَهَبَ دَارًا أَوْ تَصَدَّقَ عَلَيْهِ بِدَارٍ عَلَىٰ أَنْ يَرُدَّ عَلَيْهِ شَيْئًا مِنْهَا أَوْ يُعَوِّضَهُ شَيْئًا مِنْهَا فَالْهِبَةُ جَائِزَةٌ وَالشَّرْطُ بَاطِلٌ) لِأَنَّ هٰذِهِ الشُّرُوطَ تُخَالِفُ مُقْتَضَى العَقْدِ فَكَانَتْ فَاسِدَةً، وَالْهِبَةُ لَا تَبْطُلُ بِهَا، أَلَا تَرَىٰ «أَنَّ النَّبِيَّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - أَجَازَ العُمْرَىٰ وَأَبْطَلَ شَرْطَ المُعْمِرِ» بِخِلَافِ البَيْعِ «؛ لِأَنَّهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - نَهَىٰ عَنْ بَيْعٍ وَشَرْطٍ» وَلِأَنَّ الشَّرْطَ الفَاسِدَ فِي مَعْنَىٰ الرِّبَا، وَهُوَ يَعْمَلُ فِي المُعَاوَضَاتِ دُونَ التَّبَرُّعَاتِ.

إذا وجدت لا مردَّ لها فلا يمكن أن يجعل عدمًا، فعلىٰ هذا كان ينبغي أن لا يفسد الرهنُ لأنَّ حكمه يتوقف على القبض، والفرقُ أنَّ القبضَ في باب الرهن اعتبر حكمًا للرهن فإنَّ حكم الرهن يد الاستيفاء وحكم العقد يُضاف إلى العقد والشرط الفاسد يؤثر في العقد، وأمّا في باب الهبة فالحكمُ هو الملك والملك يثبت بالقبض فكان القبض في حكم ركن العلة في باب الهبة، والفساد لا يُؤثر في الركن فلغا الشرطُ.

واعلم أنَّ استثناء ما في البطن ينقسم ثلاثة أقسام: في قسمٍ يجوز التصرف ويبطل الاستثناء، كالهبة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد، وفي قسمٍ لا يجوز أصل التصرف، كالبيع والإجارة والرهن، وفي قسمٍ يجوز التصرف والاستثناء جميعًا، كالوصية.

قوله: وَأَبْطَلَ شَرْطَ المُعْمِرِ، العمرىٰ تمليكٌ بطريق الهبة بشرط الردِّ عليه متىٰ ماتَ المعمر له، لأنَّ معنى العمرىٰ أن تقولَ: ملكتك هذه الدار ما دمتَ حيًّا، أو: عمرك، فإذا متَّ فهيَ لي.

قَالَ: (وَمَنْ لَهُ عَلَىٰ آخَرَ أَلْفُ دِرْهَمٍ فَقَالَ إذَا جَاءَ الغَدُ فَهِيَ لَك أَوْ أَنْتَ مِنْهَا بَرِيءٌ. أَوْ قَالَ: إذَا أَدَّيْتَ إلَيَّ النِّصْفَ فَلَكَ نِصْفُهُ أَوْ أَنْتَ بَرِيءٌ مِنَ النِّصْفِ البَاقِي فَهُوَ بَاطِلٌ) ؛ لِأَنَّ الإِبْرَاءَ تَمْلِيكٌ مِنْ وَجْهٍ إسْقَاطٌ مِنْ وَجْهٍ، وَهِبَةُ الدَّيْنِ مِمَّنْ عَلَيْهِ إبْرَاءٌ، وَهٰذَا؛ لِأَنَّ الدَّيْنَ مَالٌ مِنْ وَجْهٍ وَمِنْ هٰذَا الوَجْهِ كَانَ تَمْلِيكًا، وَوَصْفٌ مِنْ وَجْهٍ وَمِنْ هٰذَا الوَجْهِ كَانَ إسْقَاطًا، وَلِهٰذَا قُلْنَا: إنَّهُ يَرْتَدُّ بِالرَّدِّ، وَلَا يَتَوَقَّفُ عَلَى القَبُولِ. وَالتَّعْلِيقُ بِالشُّرُوطِ يَخْتَصُّ بِالْإِسْقَاطَاتِ المَحْضَةِ الَّتِي يُحْلَفُ بِهَا كَالطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ فَلَا يَتَعَدَّاهَا.

قَالَ: (وَالْعُمْرَىٰ جَائِزَةٌ لِلْمُعَمَّرِ لَهُ حَالَ حَيَاتِهِ وَلِوَرَثَتِهِ مِنْ بَعْدِهِ) لِمَا رَوَيْنَا. وَمَعْنَاهُ أَنْ يَجْعَلَ دَارَهُ لَهُ عُمُرَهُ. وَإِذَا مَاتَ تُرَدُّ عَلَيْهِ فَيَصِحُّ التَّمْلِيكُ، وَيَبْطُلُ الشَّرْطُ لِمَا رَوَيْنَا وَقَدْ بَيَّنَّا أَنَّ الهِبَةَ لَا تَبْطُلُ بِالشُّرُوطِ الفَاسِدَةِ ....

قوله: لِأَنَّ الدَّيْنَ مَالٌ مِنْ وَجْهٍ، أي بالنظر إلى المآل، حتّىٰ وجبَ فيه الزكاة، وَوَصْفٌ مِنْ وَجْهٍ، أي بالنظر إلى الحال، حتّىٰ لا يحنث لو حلفَ أن لا مالَ لهُ، ولهذا يرتدُّ بالردِّ، وهو آية التمليك، ويتمُّ بلا قبولٍ وهيَ إمارة الإسقاط، والتعليق بالشرط مشروعٌ في الإسقاطات المحضة، والإسقاطات المحضة هيَ التي يحلف بِها دون ما فيه معنى التمليك.

قوله: لِمَا رَوَيْنَا، أرادَ به قوله عليه الصلاة والسلام: «فمن أعْمَر عمرىٰ فهو للمعمر له ولورثته من بعده».

(وَالرُّقْبَىٰ بَاطِلَةٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللهُ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: جَائِزَةٌ) ؛ لِأَنَّ قَوْلَهُ: «دَارِي لَكَ تَمْلِيكٌ». وَقَوْلُهُ «رُقْبَىٰ» شَرْطٌ فَاسِدٌ كَالْعُمْرَىٰ. وَلَهُمَا «أَنَّهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - أَجَازَ الْعُمْرَىٰ وَرَدَّ الرُّقْبَىٰ» وَلِأَنَّ مَعْنَىٰ الرُّقْبَىٰ عِنْدَهُمَا إنْ مِتُّ قَبْلَكَ فَهُوَ لَكَ، وَاللَّفْظُ مِنَ الْمُرَاقَبَةِ كَأَنَّهُ يُرَاقِبُ مَوْتَهُ، وَهٰذَا تَعْلِيقُ التَّمْلِيكِ بِالْخَطَرِ فَبَطَلَ. وَإِذَا لَمْ تَصِحَّ تَكُونُ عَارِيَّةً عِنْدَهُمَا؛ لِأَنَّهُ يَتَضَمَّنُ إطْلَاقَ الِانْتِفَاعِ بِهِ.

قوله: وَالرُّقْبَىٰ بَاطِلَةٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللهُ تَعَالَىٰ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ: جَائِزَةٌ، حاصل الاختلاف بينهم راجعٌ إلىٰ تفسير الرقبىٰ مع اتفاقهم أنَّها من المراقبة، فحمل أبو يوسف رحمه الله تعالىٰ هذا اللفظَ علىٰ أنه تمليكٌ للحال والرجوع إلى الواهب منتظرٌ فيكون كالعمرىٰ، وقالا: المراقبةُ في نفس التمليك، لأنَّ معنى الرقبىٰ عندهما: إن مُتُّ قبلكَ فهو لكَ، وكان هذا تعليق التمليك بالخطر وهو موت المالك قبله وذا باطلٌ، والله تعالىٰ أعلم.

* * *

فَصْلٌ فِي الصَّدَقَةِ

قَالَ: (وَالصَّدَقَةُ كَالْهِبَةِ لَا تَصِحُّ إِلَّا بِالْقَبْضِ) ؛ لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ كَالْهِبَةِ (فَلَا تَجُوزُ فِي مُشَاعٍ يَحْتَمِلُ القِسْمَةَ) لِمَا بَيَّنَّا فِي الهِبَةِ (وَلَا رُجُوعَ فِي الصَّدَقَةِ) ؛ لِأَنَّ المَقْصُودَ هُوَ الثَّوَابُ وَقَدْ حَصَلَ. وَكَذَا إِذَا تَصَدَّقَ عَلَىٰ غَنِيٍّ اسْتِحْسَانًا؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَقْصِدُ بِالصَّدَقَةِ عَلَى الغَنِيِّ الثَّوَابَ. وَكَذَا إِذَا وَهَبَ الفَقِيرَ؛ لِأَنَّ المَقْصُودَ الثَّوَابُ وَقَدْ حَصَلَ.

فصل في الصدقة

قوله: لِمَا بَيَّنَّا فِي الهِبَةِ، أراد به قوله: ولأنَّ في تجويزه إلزامه شيئًا لم يلتزمه، وهو القسمة.

قوله: وَكَذَا إِذَا تَصَدَّقَ عَلَىٰ غَنِيٍّ اسْتِحْسَانًا، أي لا رجوعَ في الصدقة على الغني أيضًا، كما لا رجوعَ في الصدقة على الفقير، ومن أصحابنا من يقول: الصدقةُ على الغنيِّ والهبة سواءٌ يعني فيهما الرجوع، قال: لأنه إنَّما يقصد به العوض دون الثواب، ألا ترىٰ أنَّ في حقِّ الفقير جعل الصدقة والهبة سواءً في أنَّ المقصود الثواب، فكذلك في حقِّ الغنيِّ الهبة والصدقة سواءٌ فيما هو المقصود، ثمَّ له أن يرجع في الهبة فكذلك في الصدقة، ولكنَّا نقول: في ذكره لفظ الصدقة ما يدلُّ علىٰ أنه لم يقصد العوض، ومراعاة لفظه أَوْلىٰ من مراعاة حال المتملِّك، ثمَّ التصدُّق على الغنيِّ يكون قربةً يستحق بِها الثواب، فقد يكون

(وَمَنْ نَذَرَ أَنْ يَتَصَدَّقَ بِمَالِهِ يَتَصَدَّقُ بِجِنْسِ مَا يَجِبُ فِيهِ الزَّكَاةُ، وَمَنْ نَذَرَ أَنْ يَتَصَدَّقَ بِمِلْكِهِ لَزِمَهُ أَنْ يَتَصَدَّقَ بِالْجَمِيعِ) وَيُرْوَىٰ أَنَّهُ وَالْأَوَّلَ سَوَاءٌ، وَقَدْ ذَكَرْنَا الفَرْقَ. وَوَجْهُ الرِّوَايَتَيْنِ فِي مَسَائِلِ القَضَاءِ (وَيُقَالُ لَهُ أَمْسِكْ مَا تُنْفِقُهُ عَلَىٰ نَفْسِكَ وَعِيَالِكَ إِلَىٰ أَنْ تَكْتَسِبَ، فَإِذَا اكْتَسَبَ مَالًا يَتَصَدَّقُ بِمِثْلِ مَا أَنْفَقَ) وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ مِنْ قَبْلُ.

غنيًّا يملك نصابًا وله عيالٌ كثيرٌ، والناس يتصدقون علىٰ مثل هذا لنيل الثواب، ألا ترىٰ أنَّ عند اشتباه الحال يتأدَّىٰ الواجبُ من الزكاة بالتصدُّق عليه، ولا رجوعَ له فيه بالاتفاق، فكذلك عند العلم بحاله لا يثبت له حقُّ الرجوع، والله تعالىٰ أعلم.

* * *

كِتَابُ الإِيجَارَاتِ

(الْإِجَارَةُ: عَقْدٌ عَلَى المَنَافِعِ بِعِوَضٍ) لِأَنَّ الإِجَارَةَ فِي اللُّغَةِ بَيْعُ المَنَافِعِ، وَالْقِيَاسُ يَأْبَىٰ جَوَازَهُ؛ لِأَنَّ المَعْقُودَ عَلَيْهِ المَنْفَعَةُ وَهِيَ مَعْدُومَةٌ، وَإِضَافَةُ التَّمْلِيكِ إِلَىٰ مَا سَيُوجَدُ لَا يَصِحُّ إِلَّا أَنَّا جَوَّزْنَاهُ لِحَاجَةِ النَّاسِ إِلَيْهِ، وَقَدْ شَهِدَتْ بِصِحَّتِهَا الآثَارُ وَهُوَ قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «أَعْطُوا الأَجِيرَ أَجْرَهُ قَبْلَ أَنْ يَجِفَّ عَرَقُهُ» وَقَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «مَنِ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا فَلْيُعْلِمْهُ أَجْرَهُ» وَتَنْعَقِدُ سَاعَةً فَسَاعَةً عَلَىٰ حَسَبِ

كتاب الإيجارات

مباحث الإجارة لغةً مذكورة في المغرب وغيره على الاستقصاء.

قوله: الإِجَارَةُ: عَقْدٌ - يرد - عَلَى المَنَافِعِ، احترز به عن بيع الأعيان.

قوله: بِعِوَضٍ، احترز به عن العارية.

قوله: وَإِضَافَةُ التَّمْلِيكِ إِلَىٰ مَا سَيُوجَدُ لَا يَصِحُّ، لأنَّ المعدومَ ليسَ بمحل العقد لأنه ليسَ بشيءٍ فيستحيل وصفه بأنه معقودٌ عليه، ولأنه لا بُدَّ من ملك المعقود عليه بعد الوجود لانعقاد العقد، والمعدوم لا يوصفُ بأنه مملوكٌ، ولا يمكنُ جعل العقد مضافًا إلىٰ زمان الوجود لأنَّ المعاوضات لا تحتمل الإضافة كالبيع.

حُدُوثِ المَنْفَعَةِ، وَالدَّارُ أُقِيمَتْ مَقَامَ المَنْفَعَةِ فِي حَقِّ إِضَافَةِ العَقْدِ إِلَيْهَا لِيَرْتَبِطَ الإِيجَابُ بِالْقَبُولِ، ثُمَّ عَمَلُهُ يَظْهَرُ فِي حَقِّ المَنْفَعَةِ مِلْكًا

قوله: وَالدَّارُ أُقِيمَتْ مَقَامَ المَنْفَعَةِ فِي حَقِّ إِضَافَةِ العَقْدِ إِلَيْهَا - هذا عندنا - لِيَرْتَبِطَ الإِيجَابُ بِالْقَبُولِ، ثمَّ عمل العقد يظهر في المنفعة ملكًا واستحقاقًا، أي يثبت الملك والاستحقاق معًا حال وجود المنفعة، فعقد الإجارة ينعقد شيئًا فشيئًا حسب حدوث المنافع، بمنزلة الوصيَّة المضافة إلىٰ ما يثمر من نخله، والطلاق المضاف إلىٰ شهرٍ، بخلاف بيع العين فإنَّ الملك في العين يثبت في الحال ويتأخَّر الاستحقاق إلىٰ زمان نقد الثمن، وعند الشافعي رحمه الله تعالىٰ يجعل المنافع المعدومةَ موجودةً حكمًا ضرورة تصحيح العقد، فإنَّ العقد يستدعي محلًا ينعقد فيه، إذ الشرع حَكَم بالانعقاد واللزوم، وهو وصف العقد المنعقد، فحكمنا بوجود المحلِّ لينعقد العقد، وما ذهبنا إليه من إقامة الدار مقام المنفعة أوْلىٰ، لأنَّ جعل السبب مقام المسبب أمرٌ شائعٌ في الشرع، أمَّا جعلَ المعدوم موجودًا فخلاف الأصل، إذ العدم مع الوجود متنافيان، ولهذا أقيمت المرأة مقام ما هو المقصود من النكاح في حكم العقد، وأقيمت الذمَّة التي هي محلٌّ للمسلم فيه مقام ملك المعقود عليه في حكم جواز السلم، وهذا لأنَّ من شرط جواز العقد أن يكون المعقود عليه موجودًا في نفسه مقدورُ التسليم، وللشارع ولاية أن يجعل المعدوم حقيقةً موجودًا حكمًا لحاجة الناس إليه، كما جعل النطفةَ في الرحم ولا حياةَ فيها كالحيِّ حكمًا في حقِّ الإرث والعتق والوصيَّة، وكما جعلَ الحيَّ حقيقةً كالميِّت حكمًا وهو المرتدُّ اللَّاحقُ بدار الحرب، وأقرب من هذا السَّلم فإنَّه بيع المعدوم حقيقةً، لكن الشرع جعل العين المعدوم كالموجود حكمًا في حقِّ جواز السلم رخصةً وترفيهًا باعتبار ثبوته في الذمة، وجعلَ ذلك الثبوت في الذمة قائمًا مقام العين القائم حال العقد، كذا هنا.

ولله تعالىٰ أن ينصب الأحكام ولا يشرك في حكمه أحدًا، لكنَّا نقول: جواز العقد

وَاسْتِحْقَاقًا حَالَ وُجُودِ المَنْفَعَةِ.

ليسَ باعتبار أنَّ المنفعة المعدومة تجعل موجودًا حكمًا، وكيف يقال هذا؟ والموجود من المنفعة حقيقةً لا يقبل العقد، لأنَّها عرضٌ لا يتصوَّر بقاؤها وقتين، وما لا بقاءَ لها كيف يتصوَّر تسليمه بحكم العقد فلا يكون محلًا لعقد المعاوضة، بل باعتبار أنَّ عين الدار المنتفع بِها أقيمَ مقام المنفعة في حقِّ صحَّة الإيجاب ليرتبطَ الإيجاب بالقبول، ثمَّ انعقاد العقد في حقِّ المعقود عليه في حكم المضاف إلىٰ وقت الحدوث، وهو معنىٰ قولنا: أنَّ عقد الإجارة في حكم عقودٍ متفرِّقة يتجدَّد انعقادها علىٰ حسب حدوث المنافع، وهذا لأنَّ إقامة السبب مقام المسبب أصلٌ في الشرع، كإقامة السفر مقام المشقَّة، والبلوغ مقام كمال العقل، إلىٰ غير ذلك من النظائر، ولا عهدَ لنا في الشرع أن يجعل المعدوم موجودًا مع أنَّ فيه قلب الحقيقة، ولم يكن الجواز في السلم بطريق أنَّ المسلم فيه أخذ حكم العين، بل اعتبار أنَّ الذمة التي هيَ محل للمسلم فيه أقيمت مقام المسلم فيه في حقِّ جواز السلم، أو باعتبار أنَّ المسلم فيه أعطىٰ له حكم الثمن علىٰ أنه يقدر الشيءَ حكمًا إذا كان يتصوَّر حقيقةً، والمسلم فيه يتصوَّر وجوده حقيقةً فيمكنُ تقديره حكمًا، والمنافعُ التي تحدث في المدَّة لا يتصوَّر وجودها جملةً حقيقةً فلا يتصوَّر حكمًا، وكذا الحيُّ يتصوَّر فيه الموتُ، والميِّتُ يتصوَّر فيه الحياة.

ثمَّ للشافعي رحمه الله تعالىٰ مسائلُ علىٰ هذا الأصل: منها: أنَّ الأجرةَ تملك بنفس العقد وتستوفي للحال لأنه أعطىٰ للمنافع المعدومة حكم الموجود المملوك في صحَّة الإجارة، فيصيرُ بمنزلة بيع عينٍ موجودٍ، والبيعُ المطلق يوجبُ الملك في الثمن حالًا، ومنها: إذا آجر داره شهرين فلم يسلم شهرًا وأرادَ التسليم في الثانِي لم يجبر على التسليم، كما إذا اشترىٰ شيئين صفقةً واحدةً ولم يسلمهما حتَّىٰ هلك أحدهما فإنَّ المشتري يتخيَّر في قبض الباقي، ومنها: إذا ماتَ أحد المتعاقدين لم يبطل وورثت المنافع، وكذلك الموصىٰ له بسكنى الدار إذا ماتَ ورثت عنه السكنىٰ لأنَّها صارت للموصىٰ له، ومنها: أنَّ المولىٰ

(وَلَا تَصِحُّ حَتَّىٰ تَكُونَ المَنَافِعُ مَعْلُومَةً، وَالْأُجْرَةُ مَعْلُومَةً) لِمَا رَوَيْنَا، وَلِأَنَّ الجَهَالَةَ فِي المَعْقُودِ عَلَيْهِ وَبَدَلِهِ تُفْضِي إِلَى المُنَازَعَةِ كَجَهَالَةِ الثَّمَنِ وَالْمُثَمَّنِ فِي البَيْعِ (وَمَا جَازَ أَنْ يَكُونَ ثَمَنًا فِي البَيْعِ جَازَ أَنْ يَكُونَ أُجْرَةً فِي الإِجَارَةِ) ؛ لِأَنَّ الأُجْرَةَ ثَمَنُ المَنْفَعَةِ، فَتُعْتَبَرُ بِثَمَنِ المَبِيعِ. وَمَا لَا يَصْلُحُ ثَمَنًا يَصْلُحُ أُجْرَةً أَيْضًا كَالْأَعْيَانِ. فَهٰذَا اللَّفْظُ لَا يَنْفِي صَلَاحِيَّةَ غَيْرِهِ؛ لِأَنَّهُ عِوَضٌ مَالِيٌّ (وَالْمَنَافِعُ تَارَةً تَصِيرُ مَعْلُومَةً بِالْمُدَّةِ

إذا آجر عبده سنةً ثمَّ أعتقه بقي العقد، لأنَّ منافعه صارت في حكم المملوكة للمستأجر والخارجة عن حكم المولىٰ والعبد فلا تصيرُ له بالعتق، وكذا الوصيُّ إذا آجر اليتيمَ سنةً ثمَّ بلغ اليتيمُ لم يملك نقضه كما لو كان باعَ ماله.

قوله: وَلَا تَصِحُّ حَتَّىٰ تَكُونَ المَنَافِعُ مَعْلُومَةً، وَالْأُجْرَةُ مَعْلُومَةً، لِمَا رَوَيْنَا، وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «من استأجرَ أجيرًا فَلْيُعْلِمْه أَجْرَهُ» وهذا الحديثُ بعبارته دلَّ على اشتراط إعلام الأجرة، وبدلالته على اشتراط إعلام المنافع، وهذا لأنَّ المنافع هو المعقود عليه في عقد الإجارة والأجرةُ معقودٌ به، وفي العقود الأصل هو المعقود عليه، وأمَّا المعقودُ به فيجري مجرى التبع، فلمَّا اشترطَ إعلام التبع كان اشتراط إعلام المتبوع أَوْلىٰ، فكان اشتراطُ إعلام المنافع ثابتًا بدلالة الحديث فصحَّ الاستدلالُ بِهذا الحديث علىٰ ما ادَّعاه من اشتراط إعلام المنافع وإعلام الأجرة.

قوله: كَالْأَعْيَانِ، نحو العبد والثياب.

قوله: فَهٰذَا اللَّفْظُ لَا يَنْفِي صَلَاحِيَّةَ غَيْرِهِ، وهو قوله: وَمَا جَازَ أَنْ يَكُونَ ثَمَنًا فِي البَيْعِ جَازَ أَنْ يَكُونَ أُجْرَةً، لأنَّ الأجرَ عوضُ مالٍ فكلُّ ما هو مالٌ وصلحَ عوضًا صلحَ

كَاسْتِئْجَارِ الدُّورِ، لِلسُّكْنَىٰ وَالْأَرْضِينَ لِلزِّرَاعَةِ فَيَصِحُّ العَقْدُ عَلَىٰ مُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ أَيِّ مُدَّةٍ كَانَتْ) ؛ لِأَنَّ المُدَّةَ إِذَا كَانَتْ مَعْلُومَةً كَانَ قَدْرُ المَنْفَعَةِ فِيهَا مَعْلُومًا إِذَا كَانَتِ المَنْفَعَةُ لَا تَتَفَاوَتُ. وَقَوْلُهُ أَيِّ مُدَّةٍ كَانَتْ إِشَارَةً إِلَىٰ أَنَّهُ يَجُوزُ طَالَتِ المُدَّةُ أَوْ قَصُرَتْ لِكَوْنِهَا مَعْلُومَةً وَلِتَحَقُّقِ الحَاجَةِ إِلَيْهَا عَسَىٰ، إِلَّا أَنَّ فِي الأَوْقَافِ لَا تَجُوزُ الإِجَارَةُ الطَّوِيلَةُ كَيْ لَا يَدَّعِيَ المُسْتَأْجِرُ مِلْكَهَا وَهِيَ مَا زَادَ عَلَىٰ ثَلَاثِ سِنِينَ هُوَ المُخْتَارُ.

أجرةً، أمَّا الثمنُ فممَّا يجبُ في الذمة فيختصُّ بما يثبت في الذمة.

قوله: إِذَا كَانَتِ المَنْفَعَةُ لَا تَتَفَاوَتُ، هذا احترازٌ عن استئجار الأرض للزراعة إلىٰ مدَّةٍ معلومةٍ حيث لا يصحُّ العقد، حتَّىٰ يسمَّىٰ ما يزرع فيها، لأنَّ ما يزرعُ فيها متفاوتٌ علىٰ ما يجيء بيانه في الكتاب.

قوله: وَهِيَ مَا زَادَ عَلَىٰ ثَلَاثِ سِنِينَ هُوَ المُخْتَارُ، للفتوىٰ، المتولِّي إذا آجر الموقوفَ، فإن كان الواقف شرطَ أن لا يؤاجر أكثر من سنةٍ لا تجوز الزيادة علىٰ ذلك، وإن لم يكن شرطَ جاز إجارته إلىٰ ثلاث سنين، أمَّا الإجارة أكثرَ من ثلاث سنين تكلموا فيه، قال مشايخ بلخ رحمهم الله تعالىٰ: لا تجوز، وقال بعضهم: يرفع إلى الحاكم حتَّىٰ يبطله، وبه أخذ الفقيه، كذا في التتمة، والحيلة في أن يجوز أكثرَ من ثلاث سنين يرفع إلى الحاكم حتَّىٰ يجوزه، وكان الصدر الشهيد رحمه الله تعالىٰ يفتي بالجواز في ثلاث سنين في الضياع، إلَّا إذا كان المصلحة في عدم الجواز، وفي غير الضياع كان يفتي بعدم الجواز فيما زاد على سنةٍ واحدةٍ، إلَّا إذا كانت المصلحة في الجواز، وفي شرح حِيَل الخصاف: الحيلةُ لجواز الإجارة الطويلة على الأوقاف أن يعقد عقدًا متفرِّقةً على الأوقاف، كل عقدٍ علىٰ سنةٍ فيكتب: استأجر فلان بن فلان كذا بثلاثين عقدًا كل عقد علىٰ سنةٍ، فيكون العقدُ الأول

قَالَ: (وَتَارَةً تَصِيرُ مَعْلُومَةً بِنَفْسِهِ كَمَنْ اسْتَأْجَرَ رَجُلًا عَلَىٰ صَبْغِ ثَوْبِهِ أَوْ خِيَاطَتِهِ أَوِ اسْتَأْجَرَ دَابَّةً؛ لِيَحْمِلَ عَلَيْهَا مِقْدَارًا مَعْلُومًا أَوْ يَرْكَبَهَا مَسَافَةً سَمَّاهَا) ؛ لِأَنَّهُ إِذَا بَيَّنَ الثَّوْبَ وَلَوْنَ الصَّبْغِ وَقَدْرَهُ وَجِنْسَ الخِيَاطَةِ وَالْقَدْرَ المَحْمُولَ وَجِنْسَهُ وَالْمَسَافَةَ صَارَتِ المَنْفَعَةُ مَعْلُومَةً فَيَصِحُّ العَقْدُ، وَرُبَّمَا يُقَالُ: الإِجَارَةُ قَدْ تَكُونُ عَقْدًا عَلَى العَمَلِ كَاسْتِئْجَارِ القَصَّارِ وَالْخَيَّاطِ، وَلَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ العَمَلُ مَعْلُومًا وَذٰلِكَ فِي الأَجِيرِ المُشْتَرَكِ، وَقَدْ تَكُونُ عَقْدًا عَلَى المَنْفَعَةِ كَمَا فِي أَجِيرِ الوَحْدِ، وَلَا بُدَّ مِنْ بَيَانِ الوَقْتِ.

قَالَ: (وَتَارَةً تَصِيرُ المَنْفَعَةُ مَعْلُومَةً بِالتَّعْيِينِ وَالْإِشَارَةِ كَمَنْ اسْتَأْجَرَ رَجُلًا، لِيَنْقُلَ لَهُ هٰذَا الطَّعَامَ إِلَىٰ مَوْضِعٍ مَعْلُومٍ) ؛ لِأَنَّهُ إِذَا آرَاهَ مَا يَنْقُلُهُ وَالْمَوْضِعَ الَّذِي يَحْمِلُ إِلَيْهِ كَانَتْ المَنْفَعَةُ مَعْلُومَةً فَيَصِحُّ العَقْدُ.

لازمًا والثاني غير لازم لأنه مضافٌ، كذا في الذخيرة.

قوله: كَمَا فِي أَجِيرِ الوَحْدِ، وفي بعض النسخ: الأجير الواحد، والأصحُّ هو الأول، في المغرب: أجير الوحد، على الإضافة، بخلاف الأجير المشترك من الواحد بمعنى الوحيد، ومعناه أجير المستأجر الواحد، وفي معناه الأجير الخاص، ولو حرّك الحاء يصحُّ، لأنه يُقال: رجلٌ وحدٌ أي منفردٌ. والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

قوله: وَتَارَةً تَصِيرُ مَعْلُومَةً بِنَفْسِهِ، أي بنفس العقد.

بَابُ الأَجْرِ مَتَىٰ يُسْتَحَقُّ

قَالَ: (الْأُجْرَةُ لَا تَجِبُ بِالْعَقْدِ وَتُسْتَحَقُّ بِأَحَدِ مَعَانٍ ثَلَاثَةٍ: إِمَّا بِشَرْطِ التَّعْجِيلِ، أَوْ بِالتَّعْجِيلِ مِنْ غَيْرِ شَرْطٍ، أَوْ بِاسْتِيفَاءِ المَعْقُودِ عَلَيْهِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: تُمْلَكُ بِنَفْسِ العَقْدِ؛ لِأَنَّ المَنَافِعَ المَعْدُومَةَ صَارَتْ مَوْجُودَةً

باب الأجر متى يستحق

قوله: الأُجْرَةُ لَا تَجِبُ بِالْعَقْدِ، المرادُ نفس الوجوب لا وجوب الأداء، وبيان ذلك إجمالًا وتفصيلًا، أمَّا إجمالًا فإنَّ الأُجرة لو كان عبدًا فأعتقه المؤاجر قبل وجود أحد معانٍ ثلاثةٍ لا يعتق، فلو كان نفس الوجوب ثابتًا لصحَّ إعتاقه كما في البيع، وأمَّا تفصيلًا فإنه عقد معاوضةٍ فيعتبر فيه المساواة، ولم يوجد في جانب المعقود عليه لا نفس الوجوب ولا وجوب الأداء فكذلك في جانب العوض، فإن قيل: لو لم يكن نفس الوجوب ثابتًا لَمَا صحَّ التعجيلُ من المستأجر والإبراء من المؤاجر؟ قلنا: إنَّما صحَ ذلك نظرًا إلى انعقاد السبب، فبالنظر إلى انعقاد السبب يجبُ أن يكون الحكم مرتَّبًا عليه، كما في سائر العقود، وإنَّما التَّراخي للضرورة، وبهذا يتفصَّىٰ أيضًا عن قول القائل: ينبغي أن لا يصحُّ شرطُ التعجيل لأنه شرطٌ لا يقتضيه العقد، وفيه منفعةٌ لأحد المتعاقدين ولهُ مطالب من جهة العباد، لأنَّا نقول: لا نسلم بأنَّه ليسَ بمقتضى العقد فإنَّ العقد يقتضيه كما في البيع، إلا أنه تركَ بعارضٍ وهو وجوب المساواة وهو حقُّ المستأجر، فإذا أسْقط حقَّه بالتعجيل

حُكْمًا ضَرُورَةَ تَصْحِيحِ العَقْدِ فَيَثْبُتُ الحُكْمُ فِيمَا يُقَابِلُهُ مِنَ البَدَلِ. وَلَنَا أَنَّ العَقْدَ يَنْعَقِدُ شَيْئًا فَشَيْئًا عَلَىٰ حَسَبِ حُدُوثِ المَنَافِعِ عَلَىٰ مَا بَيَّنَّا، وَالْعَقْدُ مُعَاوَضَةٌ، وَمِنْ قَضِيَّتِهَا المُسَاوَاةُ، فَمِنْ ضَرُورَةِ التَّرَاخِي فِي جَانِبِ المَنْفَعَةِ التَّرَاخِي فِي البَدَلِ الآخَرِ. وَإِذَا اسْتَوْفَى المَنْفَعَةَ يَثْبُتُ المِلْكُ فِي الأَجْرِ لِتَحَقُّقِ التَّسْوِيَةِ. وَكَذَا إِذَا شَرَطَ التَّعْجِيلَ أَوْ عَجَّلَ؛

زالَ المانعُ فصحَّ، وقال الشافعي رحمه الله تعالىٰ: يملك بنفس العقد ويجبُ تسليمه عند تسليم الدَّار أو الدَّابة إلى المستأجر، لأنَّها عقدُ معاوضةٍ فمطلقه يوجبُ ملك البدل بنفسه كعقد البيع، وهذا لأنَّ المنافع المعدومة صارت موجودةً حكمًا في انعقاد العقد، إذ من شرط جواز العقد أن يكون المعقود عليه موجودًا مقدورَ التسليم، وللشارع ولاية جعل المعدوم حقيقةً موجودًا، كما جعل النطفة في الرحم ولا حياةَ فيها كالحيِّ حكمًا في حقِّ الإرث والعتق والوصية، وكما جعل الحيَّ حقيقةً كالميِّت حكمًا، وهو المرتدُّ اللاحق بدار الحرب، وهذا كالسلم فإنه بيع المعدوم حقيقةً، ولكن الشرع جعل العين المعدوم حقيقةً كالموجود حكمًا في حقِّ جواز السَّلم كذا هنا، قلنا: هذا عقدُ معاوضةٍ فيقتضي تقابل البدلين في الملك والتسليم، أي يثبتُ الملك في العوضين معًا كالبيع، لأنَّ من قضية المعاوضة المساواةُ، ثمَّ أحد البدلين وهو المنفعة لم تصر مملوكةً بنفس العقد، بل تراخىٰ حكم العقد فيها إلىٰ حين وجودها فكذا الأجر، وهذا لأنه معدومٌ في نفسه والملك صفة الموجود فلا يتَّصف المعدوم به، وإذا لم يملك المعقود عليه في الحال لو ملكَ البدل لملكَ بغير عوضٍ، وذا ليسَ بقضية المعاوضة، وجوازُ العقد ليس لِمَا ذكره بل باعتبار إقامة السبب وهو العين مقام المسبب وهو المنفعة، ضرورةَ تصحيح العقد ليربط الإيجاب بالقبول فيتقدَّر بقدرها، ولا ضرورةَ في ملك البدل بنفس العقد بل في حقِّ البدل كالعقد المضاف إلىٰ وقت الحدوث، فلا يثبت الملك قبله.

لِأَنَّ الْمُسَاوَاةَ تُثْبِتُ حَقًّا لَهُ وَقَدْ أَبْطَلَهُ. (وَإِذَا قَبَضَ الْمُسْتَأْجِرُ الدَّارَ فَعَلَيْهِ الأَجْرُ وَإِنْ لَمْ يَسْكُنْهَا) ؛ لِأَنَّ تَسْلِيمَ عَيْنِ الْمَنْفَعَةِ لَا يُتَصَوَّرُ فَأَقَمْنَا تَسْلِيمَ الْمَحَلِّ مَقَامَهُ إِذْ التَّمَكُّنُ مِنَ الِانْتِفَاعِ يَثْبُتُ بِهِ. (فَإِنْ غَصَبَهَا غَاصِبٌ مِنْ يَدِهِ سَقَطَتِ الأُجْرَةُ) ؛ لِأَنَّ تَسْلِيمَ الْمَحَلِّ إِنَّمَا أُقِيمَ مَقَامَ تَسْلِيمِ الْمَنْفَعَةِ لِلتَّمَكُّنِ مِنَ الِانْتِفَاعِ، فَإِذَا فَاتَ التَّمَكُّنُ فَاتَ التَّسْلِيمُ، وَانْفَسَخَ الْعَقْدُ فَسَقَطَ الأَجْرُ، (وَإِنْ وَجَدَ الْغَصْبَ فِي بَعْضِ الْمُدَّةِ سَقَطَ الأَجْرُ بِقَدْرِهِ). إِذِ الِانْفِسَاخُ فِي بَعْضِهَا. (وَمَنِ اسْتَأْجَرَ دَارًا فَلِلْمُؤَجِّرِ أَنْ يُطَالِبَهُ بِأُجْرَةِ كُلِّ يَوْمٍ) ؛ لِأَنَّهُ اسْتَوْفَىٰ مَنْفَعَةً مَقْصُودَةً (إِلَّا أَنْ يُبَيِّنَ وَقْتَ الِاسْتِحْقَاقِ بِالْعَقْدِ) ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ التَّأْجِيلِ (وَكَذَٰلِكَ إِجَارَةُ الأَرَاضِي) لِمَا بَيَّنَّا. (وَمَنِ اسْتَأْجَرَ بَعِيرًا إِلَىٰ مَكَّةَ فَلِلْجَمَّالِ أَنْ يُطَالِبَهُ بِأُجْرَةِ كُلِّ مَرْحَلَةٍ) ؛ لِأَنَّ سَيْرَ كُلِّ مَرْحَلَةٍ مَقْصُودٌ. وَكَانَ أَبُو حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - يَقُولُ أَوَّلًا: لَا يَجِبُ الأَجْرُ إِلَّا بَعْدَ انْقِضَاءِ الْمُدَّةِ وَانْتِهَاءِ السَّفَرِ وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ؛ لِأَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ جُمْلَةُ الْمَنَافِعِ فِي الْمُدَّةِ فَلَا يَتَوَزَّعُ

قوله: وَإِذَا قَبَضَ الْمُسْتَأْجِرُ الدَّارَ فَعَلَيْهِ الأَجْرُ وَإِنْ لَمْ يَسْكُنْهَا، يعني إذا تمكّن من الاستيفاء في المدَّة، وهذا إذا كانت الإجارة صحيحةً، أمَّا في الإجارة الفاسدة يشترط لوجوب الأجرة حقيقةُ الاستيفاء، والتمكُّن من المستأجر يجبُ أن يكون في المكان الذي وقعَ العقد في حقِّه، حتى إذا استأجر دابةً إلى الكوفة وقبضَها وأمْسَكها ببغداد حتَّىٰ مضت مدَّةٌ يمكنه المسير فيها إلى الكوفة فلا أجرَ عليه، وإن ساقها معه إلى الكوفة ولم يركبها وجبت الأجرة، وقال الشافعي رحمه الله تعالىٰ: تجب الأجرة في الوجهين، كذا في النهاية.

الأَجْرُ عَلَىٰ أَجْزَائِهَا، كَمَا إِذَا كَانَ المَعْقُودُ عَلَيْهِ العَمَلَ. وَوَجْهُ القَوْلِ المَرْجُوعِ إِلَيْهِ أَنَّ القِيَاسَ يَقْتَضِي اسْتِحْقَاقَ الأَجْرِ سَاعَةً فَسَاعَةً لِتَحَقُّقِ المُسَاوَاةِ، إِلَّا أَنَّ المُطَالَبَةَ فِي كُلِّ سَاعَةٍ تُفْضِي إِلَىٰ أَنْ لَا يَتَفَرَّغَ لِغَيْرِهِ فَيَتَضَرَّرُ بِهِ، فَقَدَّرْنَا بِمَا ذَكَرْنَا.

قَالَ: (وَلَيْسَ لِلْقَصَّارِ وَالْخَيَّاطِ أَنْ يُطَالِبَ بِأَجْرِهِ حَتَّىٰ يَفْرُغَ مِنَ العَمَلِ) ؛ لِأَنَّ العَمَلَ فِي البَعْضِ غَيْرُ مُنْتَفَعٍ بِهِ فَلَا يَسْتَوْجِبُ بِهِ الأَجْرَ، وَكَذَا إِذَا عَمِلَ فِي بَيْتِ المُسْتَأْجِرِ لَا يَسْتَوْجِبُ الأَجْرَ قَبْلَ الفَرَاغِ لِمَا بَيَّنَّا. قَالَ: (إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ التَّعْجِيلَ) لِمَا مَرَّ أَنَّ الشَّرْطَ فِيهِ لَازِمٌ.

قوله: وَكَذَا إِذَا عَمِلَ فِي بَيْتِ المُسْتَأْجِرِ لَا يَسْتَوْجِبُ الأَجْرَ قَبْلَ الفَرَاغِ لِمَا بَيَّنَّا، يريدُ به قوله: لِأَنَّ العَمَلَ فِي البَعْضِ غَيْرُ مُنْتَفَعٍ بِهِ، وهذا وقع مخالفًا لعامة روايات الكتب من المبسوط، والذخيرة، والمغني، وشرح الجامع الصغير لفخر الإسلام وقاضي خان رحمهما الله تعالىٰ، والتمرتاشي، والفوائد الظهيرية، ففي المبسوط: لو استأجر خياطًا يخيط له في بيت المستأجر قميصًا وخاطَ بعضه فسرق الثوبَ فله الأجر بقدر ما خاطَ، فإنَّ كل جزء من العمل يصير مسلمًا إلىٰ صاحب الثوب بالفراغ، ولا يتوقف التسليم في ذلك الجزء علىٰ حصول كمال المقصود، وذكر الإمام قاضي خان رحمه الله تعالىٰ: ولهذا لو استأجر خياطًا ليخيط له في منزله كلَّما عَمِلَ عملًا يستحق الأجرة بقدره، ولكن نَقَل من التجريد أنَّ الحكم قد ذكر فيه كما في الكتاب فيحتملُ أنَّ المصنف رحمه الله تعالىٰ اتبعَ صاحب التجريد أبالفضل الكرمانِي رحمه الله تعالىٰ، والله أعلم بما هو الحقُّ عنده.

قَالَ: (وَمَنِ اسْتَأْجَرَ خَبَّازًا لِيَخْبِزَ لَهُ فِي بَيْتِهِ قَفِيزًا مِنْ دَقِيقٍ بِدِرْهَمٍ لَمْ يَسْتَحِقَّ الأَجْرَ حَتَّىٰ يُخْرِجَ الخُبْزَ مِنَ التَّنُّورِ) ؛ لِأَنَّ تَمَامَ العَمَلِ بِالْإِخْرَاجِ. فَلَوْ احْتَرَقَ أَوْ سَقَطَ مِنْ يَدِهِ قَبْلَ الإِخْرَاجِ فَلَا أَجْرَ لَهُ لِلْهَلَاكِ قَبْلَ التَّسْلِيمِ، (فَإِنْ أَخْرَجَهُ ثُمَّ احْتَرَقَ مِنْ غَيْرِ فِعْلِهِ فَلَهُ الأَجْرُ) ؛ لِأَنَّهُ صَارَ مُسَلَّمًا إِلَيْهِ بِالْوَضْعِ فِي بَيْتِهِ، وَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ تُوجَدْ مِنْهُ الجِنَايَةُ. قَالَ: وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -؛ لِأَنَّهُ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ، وَعِنْدَهُمَا يَضْمَنُ مِثْلَ دَقِيقِهِ وَلَا أَجْرَ لَهُ؛ لِأَنَّهُ مَضْمُونٌ عَلَيْهِ فَلَا يَبْرَأُ إِلَّا بَعْدَ حَقِيقَةِ التَّسْلِيمِ، وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ الخُبْزَ، وَأَعْطَاهُ الأَجْرَ.

قَالَ: (وَمَنِ اسْتَأْجَرَ طَبَّاخًا لِيَطْبُخَ لَهُ طَعَامًا لِلْوَلِيمَةِ فَالْغَرْفُ عَلَيْهِ)

قوله: وَمَنِ اسْتَأْجَرَ خَبَّازًا لِيَخْبِزَ لَهُ فِي بَيْتِهِ، أي في بيت المستأجر، فإن أخرجه ثمَّ احترق من غير فعله فله الأجر ولا ضمانَ عليه، قيل هذا قول الكلِّ، أمَّا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ فلأنه لم يهلك بصنعه، وأمَّا عندهما فلأنَّه هلكَ بعد التسليم، وذكر القدوري في شرحه أنَّ علىٰ قولهما يجبُ الضمان لأنَّه أجيرٌ مشتركٌ والعين في يده أمانةٌ عنده، مضمونةٌ عندهما، فلا يبرأ إلَّا بعد حقيقة التسليم وهو اختيارُ صاحب الهداية، كالغاصب لا يبرأ عن الضمان إلَّا بالتسليم دون الوضع في بيته، وقال القدوري رحمه الله تعالىٰ: لا ضمانَ عليه في الحطب والملح عندهما، لأنَّ ذلك صار مستهلكًا قبل وجوب الضمان عليه، وحالُ ما وَجَب الضمان لا قيمةَ له، كذا في الذخيرة.

قوله: فَالْغُرْفُ عَلَيْهِ، أي إخراج المرقة من القدور إلى القصاع عليه، وإن استؤجر بطبخ قدر خاصٍ فإخراج المرقة من القِدر ليسَ عليه، كذا في الإيضاح والمحيط، والمرجع

اعْتِبَارًا لِلْعُرْفِ.

قَالَ: (وَمَنِ اسْتَأْجَرَ إِنْسَانًا لِيَضْرِبَ لَهُ لَبِنًا اسْتَحَقَّ الأَجْرَ إِذَا أَقَامَهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَالَا: لَا يَسْتَحِقُّهَا حَتَّىٰ يُشَرِّجَهَا) ؛ لِأَنَّ التَّشْرِيجَ مِنْ تَمَامِ عَمَلِهِ، إِذْ لَا يُؤْمَنُ مِنَ الفَسَادِ قَبْلَهُ فَصَارَ كَإِخْرَاجِ الخُبْزِ مِنَ التَّنُّورِ؛ وَلِأَنَّ الأَجِيرَ هُوَ الَّذِي يَتَوَلَّاهُ عُرْفًا وَهُوَ المُعْتَبَرُ فِيمَا لَمْ يَنُصَّ عَلَيْهِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ العَمَلَ قَدْ تَمَّ بِالْإِقَامَةِ، وَالتَّشْرِيجُ عَمَلٌ زَائِدٌ كَالنَّقْلِ، أَلَا تَرَىٰ أَنَّهُ يَنْتَفِعُ بِهِ قَبْلَ التَّشْرِيجِ بِالنَّقْلِ إِلَىٰ مَوْضِعِ العَمَلِ، بِخِلَافِ مَا قَبْلَ الإِقَامَةِ؛ لِأَنَّهُ طِينٌ مُنْتَشِرٌ، وَبِخِلَافِ الخُبْزِ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُنْتَفَعٍ بِهِ قَبْلَ الإِخْرَاجِ.

قَالَ: (وَكُلُّ صَانِعٍ لِعَمَلِهِ أَثَرٌ فِي العَيْنِ كَالْقَصَّارِ وَالصَّبَّاغِ فَلَهُ أَنْ يَحْبِسَ العَيْنَ حَتَّىٰ يَسْتَوْفِيَ الأَجْرَ) ؛ لِأَنَّ المَعْقُودَ عَلَيْهِ وَصْفٌ قَائِمٌ فِي الثَّوْبِ

في الجميع العرف.

قوله: اسْتَحَقَّ الأَجْرَ إِذَا أَقَامَهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ، وَقَالَا: لَا يَسْتَحِقُّهَا حَتَّىٰ يُشَرِّجَهَا، هذا إذا ضرب اللَّبن في ملك المستأجر، فإن ضربه في ملك نفسه فلا يجب الأجر عنده إلَّا بالعدِّ عليه بعد إقامتها، وعندهما بالعدِّ عليه بعد التشريج، كذا في نظم الزندويستي.

قوله: وَكُلُّ صَانِعٍ لِعَمَلِهِ أَثَرٌ فِي العَيْنِ كَالْقَصَّارِ وَالصَّبَّاغِ فَلَهُ أَنْ يَحْبِسَ العَيْنَ، اختلفَ المشايخُ في قول أصحابنا: كل صانعٍ لعمله أثرٌ في العين أنَّ المراد به العين

فَلَهُ حَقُّ الحَبْسِ؛ لِاسْتِيفَاءِ البَدَلِ كَمَا فِي المَبِيعِ، وَلَوْ حَبَسَهُ فَضَاعَ لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُتَعَدٍّ فِي الحَبْسِ فَبَقِيَ أَمَانَةً كَمَا كَانَ عِنْدَهُ، وَلَا أَجْرَ لَهُ لِهَلَاكِ المَعْقُودِ عَلَيْهِ قَبْلَ التَّسْلِيمِ. وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللهُ: العَيْنُ كَانَتْ مَضْمُونَةً قَبْلَ الحَبْسِ فَكَذَا بَعْدَهُ، لٰكِنَّهُ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ قِيمَتَهُ غَيْرَ مَعْمُولٍ وَلَا أَجْرَ لَهُ، وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ مَعْمُولًا وَلَهُ الأَجْرُ، وَسَيُبَيَّنُ مِنْ بَعْدُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَىٰ.

قَالَ: (وَكُلُّ صَانِعٍ لَيْسَ لِعَمَلِهِ أَثَرٌ فِي العَيْنِ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَحْبِسَ العَيْنَ لِلْأَجْرِ كَالْحَمَّالِ وَالْمَلَّاحِ) ؛ لِأَنَّ المَعْقُودَ عَلَيْهِ نَفْسُ العَمَلِ وَهُوَ غَيْرُ قَائِمٍ فِي العَيْنِ فَلَا يُتَصَوَّرُ حَبْسُهُ فَلَيْسَ لَهُ وِلَايَةُ الحَبْسِ

والأجزاء المملوكة للصانع التي بمحلِّ العين كالنشاستج والغراء والحنوط ونحوها، أمَّا مجرَّد ما يرىٰ ويعاينُ في محلِّ العمل ككسر الفستق والحطب وطحن الحنطة وحلق رأس العبد فاختار الأكثرون الأوَّل، وبعضهم الثانِي، وأمَّا القصار فإن كان يقصر بالنشاستج أو ببياض البيض فله حقُّ الحبس، لأنه اتصل بالثوب مالٌ قائمٌ كما في الصبغ، فأما إذا كان بيض الثوب لا غير فقد قيل ليس له حقُّ الحبس، لأنَّ البياض الذي حدثَ في الثوب غير مضاف إلىٰ عمله، بل البياض كان حاصلًا ولكن استتر بالدَّرن والوسخ فزال ذلك بعمله وظهر البياض الذي كان في الأصل، وقيل له حقُّ الحبس لأنَّ ذلك البياض صار كالهالك باستتاره بالأوساخ فيقعُ العمل إحداثًا لصفة البياض من حيث المعنىٰ فيكون له حقُّ الحبس كما في الخياطة.

وَغَسْلُ الثَّوْبِ نَظِيرُ الحَمْلِ، وَهٰذَا بِخِلَافِ الآبِقِ حَيْثُ يَكُونُ لِلرَّادِّ حَقُّ حَبْسِهِ لِاسْتِيفَاءِ الجُعْلِ، وَلَا أَثَرَ لِعَمَلِهِ؛ لِأَنَّهُ كَانَ عَلَىٰ شَرَفِ الهَلَاكِ وَقَدْ أَحْيَاهُ فَكَأَنَّهُ بَاعَهُ مِنْهُ فَلَهُ حَقُّ الحَبْسِ، وَهٰذَا الَّذِي ذَكَرْنَا مَذْهَبُ عُلَمَائِنَا الثَّلَاثَةِ. وَقَالَ زُفَرُ: لَيْسَ لَهُ حَقُّ الحَبْسِ فِي الوَجْهَيْنِ؛ لِأَنَّهُ وَقَعَ التَّسْلِيمُ بِاتِّصَالِ المَبِيعِ بِمِلْكِهِ فَيَسْقُطَ حَقُّ الحَبْسِ. وَلَنَا أَنَّ الِاتِّصَالَ بِالْمَحَلِّ ضَرُورَةُ إِقَامَةِ تَسْلِيمِ العَمَلِ فَلَمْ يَكُنْ هُوَ رَاضِيًا بِهِ مِنْ

قوله: وَغَسْلُ الثَّوْبِ نَظِيرُ الحَمْلِ، هذا إذا لم يستعمل في الغسل شيئًا.

قوله: وَقَدْ أَحْيَاهُ، والإحياء الذي يتصوَّر من العباد تخليصُ من أشْرَف على الهلاك، إذ الإحياء الحقيقي من خواص الألوهيَّة.

قوله: فِي الوَجْهَيْنِ، أي سواءٌ كان لعمله أثرًا أو لم يكن، لأنَّ المبيع وَقَع في يد المشتري برضاء البائع قبل نقد الثمن فيبطلُ حقه في الحبس، كما إذا عمل في بيت صاحب الثوب، وهذا لأنَّ المبيعَ ههنا إمَّا أثرُ عمله في العين كما في الخياطة، أو مال قائم اتصل بالثوب كالصبغ وقد وقع في يد المشتري برضا البائع، وهو كمن استقرضَ من آخرٍ كرَّ حنطةٍ وأمر بإلقائها في أرضه بذرًا ففعل صار قابضًا.

قوله: وَلَنَا أَنَّ الِاتِّصَالَ بِالْمَحَلِّ ضَرُورَةُ إِقَامَةِ تَسْلِيمِ العَمَلِ، يعني أنَّ المبيع وقعَ في يد المشتري بغير رضاء البائع قبل نقد الثمن، فلا يبطلُ حق البائع في الحبس كما في بيع العين، وهذا لأنَّ المبيع في مسئلتنا أثر العمل، أو مال اتصل بالعين، وقد وقعَ في يد المشتري، وهو صاحب الثوب، بغير رضاء البائع، لأنَّ العملَ الذي استوجرَ لأجله لا يمكنه تحقيقه إلَّا بتحصيل الأثر متصلًا بملكه، فيكون مضطرًّا في ذلك، والاضطرار يمنع ثبوت الرضاء.

حَيْثُ إِنَّهُ تَسْلِيمٌ فَلَا يَسْقُطُ حَقُّ الحَبْسِ كَمَا إِذَا قَبَضَ المُشْتَرِي بِغَيْرِ رِضَا البَائِعِ.

قَالَ: (وَإِذَا شَرَطَ عَلَى الصَّانِعِ أَنْ يَعْمَلَ بِنَفْسِهِ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَسْتَعْمِلَ غَيْرَهُ)؛ لِأَنَّ المَعْقُودَ عَلَيْهِ العَمَلُ فِي مَحَلٍّ بِعَيْنِهِ فَيَسْتَحِقُّ عَيْنَهُ كَالْمَنْفَعَةِ فِي مَحَلٍّ بِعَيْنِهِ (وَإِنْ أَطْلَقَ لَهُ العَمَلَ فَلَهُ أَنْ يَسْتَأْجِرَ مَنْ يَعْمَلُهُ)؛ لِأَنَّ المُسْتَحَقَّ عَمَلٌ فِي ذِمَّتِهِ، وَيُمْكِنُ إِيفَاؤُهُ بِنَفْسِهِ وَبِالِاسْتِعَانَةِ بِغَيْرِهِ بِمَنْزِلَةِ إِيفَاءِ الدَّيْنِ.

قوله: فِي مَحَلٍّ بِعَيْنِهِ، أراد بالمحل ههنا الصانعَ، يعني شرطَ أن يكون محل هذا العمل هو لا غيره، فلا يجوز له أن يستعمل غيره كالمنفعة في محلٍّ بعينه، يعني إذا استأجرَ غلامًا بعينه لا يكون للمؤجر أن يدفع غلامًا آخر مكانه، كذا هذا، وصورة ما إذا شرطَ على الصانع أن يعمل بنفسه أن يقول: استأجرتك لتخيِّط هذا الثوبَ بنفسك أو بيدكَ.

قوله: وَإِنْ أَطْلَقَ لَهُ العَمَلَ، بأن يقول: استأجرتكَ لتخيِّط هذا الثوبَ بدراهم، فهذا من قبيل إطلاق العمل عرفًا، وإن كان المذكور خياطته لفظًا فله أن يستأجر من يعمله، لأنَّ المستحق عليه عملٌ في ذمته ويمكن إيفاؤه بنفسه وبالاستعانة بغيره كإيفاء الدين، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

فَصْلٌ

(وَمَنِ اسْتَأْجَرَ رَجُلًا لِيَذْهَبَ إِلَى البَصْرَةِ فَيَجِيءَ بِعِيَالِهِ فَذَهَبَ فَوَجَدَ بَعْضُهُمْ قَدْ مَاتَ فَجَاءَ بِمَنْ بَقِيَ فَلَهُ الأَجْرُ بِحِسَابِهِ) ؛ لِأَنَّهُ أَوْفَىٰ بَعْضِ المَعْقُودِ عَلَيْهِ فَيَسْتَحِقُّ العِوَضَ بِقَدْرِهِ، وَمُرَادُهُ إِذَا كَانُوا مَعْلُومِينَ (وَإِنِ اسْتَأْجَرَهُ لِيَذْهَبَ بِكِتَابِهِ إِلَىٰ فُلَانٍ بِالْبَصْرَةِ وَيَجِيءَ بِجَوَابِهِ فَذَهَبَ فَوَجَدَ فُلَانًا مَيِّتًا فَرَدَّهُ فَلَا أَجْرَ لَهُ) هٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ.

فصل

قوله: فَجَاءَ بِمَنْ بَقِيَ فَلَهُ الأَجْرُ بِحِسَابِهِ، قال الفقيه أبو جعفر رحمه الله تعالىٰ: هذا إذا قلت: مؤنة الباقين بموت من ماتَ، وأمَّا إذا لم تنقص المؤنة، بأن ماتَ الكبار مثلًا، فله كلُّ الأجر.

قوله: وَمُرَادُهُ إِذَا كَانُوا مَعْلُومِينَ، حتَّىٰ يكون الأجر مقابلًا بجملتهم وتقلُّ مؤنتهم بنقصان عددهم، فإذا أوْفَىٰ بعض المعقود عليه دون البعض استحقَّ بقدر ما أوْفَىٰ وبطلَ بقدر ما لم يوفِ.

قوله: وَإِنِ اسْتَأْجَرَهُ لِيَذْهَبَ بِكِتَابِهِ إِلَى فُلَانٍ بِالْبَصْرَةِ وَيَجِيءَ بِجَوَابِهِ فَذَهَبَ فَوَجَدَ فُلَانًا مَيِّتًا فَرَدَّهُ فَلَا أَجْرَ لَهُ، وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللهُ تَعَالَىٰ،

وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَهُ الأَجْرُ فِي الذَّهَابِ؛ لِأَنَّهُ أَوْفَىٰ بَعْضَ المَعْقُودِ عَلَيْهِ، وَهُوَ قَطْعُ المَسَافَةِ، وَهٰذَا لِأَنَّ الأَجْرَ مُقَابَلٌ بِهِ لِمَا فِيهِ مِنَ المَشَقَّةِ دُونَ حَمْلِ الكِتَابِ لِخِفَّةِ مُؤْنَتِهِ. وَلَهُمَا أَنَّ المَعْقُودَ عَلَيْهِ نَقْلُ الكِتَابِ؛ لِأَنَّهُ هُوَ المَقْصُودُ أَوْ وَسِيلَةٌ إِلَيْهِ وَهُوَ العِلْمُ بِمَا فِي الكِتَابِ وَلٰكِنَّ الحُكْمَ مُعَلَّقٌ بِهِ وَقَدْ نَقَضَهُ فَيَسْقُطُ الأَجْرُ كَمَا فِي الطَّعَامِ، وَهِيَ المَسْأَلَةُ الَّتِي تَلِي هٰذِهِ المَسْأَلَةَ.

(وَإِنْ تَرَكَ الكِتَابَ فِي ذٰلِكَ المَكَانِ وَعَادَ يَسْتَحِقُّ الأَجْرَ بِالذَّهَابِ بِالْإِجْمَاعِ) ؛ لِأَنَّ الحَمْلَ لَمْ يُنْتَقَضْ. (وَإِنِ اسْتَأْجَرَهُ لِيَذْهَبَ بِطَعَامٍ إِلَىٰ فُلَانٍ بِالْبَصْرَةِ فَذَهَبَ فَوَجَدَ فُلَانًا مَيِّتًا فَرَدَّهُ فَلَا أَجْرَ لَهُ فِي قَوْلِهِمْ

وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ: لَهُ أَجْرُ الذَّهَابِ؛ كما لو لم يرد الكتابَ، وكما لو كان رسولًا بلا كتابٍ فذهبَ ولم يجد المرسلَ إليه أو وجده إلَّا أنه لم يبلغه الرسالةَ ورجعَ له الأجر بالإجماع، وذكر الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالىٰ: قول أبي يوسف مع محمد رحمهما الله تعالىٰ، قيَّد بالذهاب بكتابٍ ليشيرَ به إلىٰ أنَّ هذا الحكم فيما إذا استأجره للذهاب بشيءٍ ليسَ له حملٌ ومؤنةٌ، وقيَّد بالمجيء بالجواب لأنه لو لم يشترط عليه المجيء بالجواب وتركَ الكتاب ثمَّة فيما إذا كان ميِّتًا أو غائبًا فإنه يستحقُّ الأجر كاملًا.

قوله: أَوْ وَسِيلَةٌ إِلَيْهِ - أي إلى المقصود - وَهُوَ العِلْمُ بِمَا فِي الكِتَابِ وَلٰكِنَّ الحُكْمَ مُعَلَّقٌ بِهِ، أي بنقل الكتاب.

قوله: وَقَدْ نَقَضَهُ، أي نقل الكتاب، أمَّا حقيقةً فظاهرٌ، وأمَّا اعتبارًا فلأنَّ ترك الكتاب

جَمِيعًا) ؛ لِأَنَّهُ نَقَضَ تَسْلِيمَ المَعْقُودِ عَلَيْهِ، وَهُوَ حَمْلُ الطَّعَامِ، بِخِلَافِ مَسْأَلَةِ الكِتَابِ عَلَىٰ قَوْلِ مُحَمَّدٍ؛ لِأَنَّ المَعْقُودَ عَلَيْهِ هُنَاكَ قَطْعُ المَسَافَةِ عَلَىٰ مَا مَرَّ، وَاللهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

ثمَّة مفيدٌ، لأنه ربَّما يصل إلىٰ ورثته فينتفعون به، أو الكاتب ينتفعُ به، فإذا ردَّ فاتَ ما هو المقصود بالإجارة فيكون ناقضًا للعمل اعتبارًا، والله تعالىٰ أعلم.

❊ ❊ ❊

بَابُ مَا يَجُوزُ مِنَ الإِجَارَةِ وَمَا يَكُونُ خِلَافًا فِيهَا

قَالَ: (وَيَجُوزُ اسْتِئْجَارُ الدُّوَرِ وَالْحَوَانِيتِ لِلسُّكْنَىٰ وَإِنْ لَمْ يُبَيِّنْ مَا يَعْمَلُ فِيهَا) ؛ لِأَنَّ العَمَلَ المُتَعَارَفَ فِيهَا السُّكْنَىٰ فَيَنْصَرِفُ إِلَيْهِ، وَأَنَّهُ لَا يَتَفَاوَتُ فَصَحَّ العَقْدُ (وَلَهُ أَنْ يَعْمَلَ كُلَّ شَيْءٍ) لِلْإِطْلَاقِ (إِلَّا أَنَّهُ لَا يُسْكِنُ حَدَّادًا وَلَا قَصَّارًا وَلَا طَحَّانًا)؛ لِأَنَّ فِيهِ ضَرَرًا ظَاهِرًا؛ لِأَنَّهُ يُوهِنُ البِنَاءَ فَيَتَقَيَّدُ العَقْدُ بِمَا وَرَاءَهَا دَلَالَةً.

باب ما يجوز من الإجارة وما يكون خلافًا فيها

قوله: وَيَجُوزُ اسْتِئْجَارُ الدُّوَرِ وَالْحَوَانِيتِ لِلسُّكْنَىٰ وَإِنْ لَمْ يُبَيِّنْ مَا يَعْمَلُ فِيهَا، بأن قال: استأجرتُ هذا الدارَ أو الحانوتَ سنةً فقط ولم يقل للسكنىٰ، القياس أن لا يجوز لأنَّ المقصود من الدار والحانوت الانتفاع، والانتفاع قد يكون من حيث السكنىٰ، وقد يكون من حيث وضع الأمتعة، فينبغي أن لا يجوز ما لم يبيِّن شيئًا من ذلك، وجه الاستحسان أنَّ المقصود معلومٌ بالعرف وهو السكنىٰ فيصرف إليه، إذ المعلوم عرفًا كالمشروط نصًّا، فعلىٰ هذا قوله: لِلسُّكْنَىٰ، يتعلَّقُ بالحوانيت لا بالاستئجار، ومعناه: والحوانيتُ المعدَّة للسكنىٰ.

قوله: وَلَهُ أَنْ يَعْمَلَ كُلَّ شَيْءٍ، أي ممَّا لا يضرُّ بالبناء للإطلاق، وذلك نحو الوضوء وغسل الثياب وكسر الحطب ووضع الأمتعة ونحو ذلك.

قَالَ: (وَيَجُوزُ اسْتِئْجَارُ الأَرَاضِي لِلزِّرَاعَةِ) ؛ لِأَنَّهَا مَنْفَعَةٌ مَقْصُودَةٌ مَعْهُودَةٌ فِيهَا (وَلِلْمُسْتَأْجِرِ الشُّرْبُ وَالطَّرِيقُ، وَإِنْ لَمْ يَشْتَرِطْ) لِأَنَّ الإِجَارَةَ تُعْقَدُ لِلِانْتِفَاعِ، وَلَا انْتِفَاعَ فِي الحَالِ إِلَّا بِهِمَا فَيَدْخُلَانِ فِي مُطْلَقِ العُقَدِ، بِخِلَافِ البَيْعِ؛ لِأَنَّ المَقْصُودَ مِنْهُ مِلْكُ الرَّقَبَةِ لَا الِانْتِفَاعُ فِي الحَالِ، حَتَّىٰ يَجُوزَ بَيْعُ الجَحْشِ وَالْأَرْضِ السَّبْخَةِ دُونَ الإِجَارَةِ فَلَا يَدْخُلَانِ فِيهِ مِنْ غَيْرِ ذِكْرِ الحُقُوقِ وَقَدْ مَرَّ فِي البُيُوعِ (وَلَا يَصِحُّ العَقْدُ حَتَّىٰ يُسَمِّيَ مَا يَزْرَعُ فِيهَا) ؛ لِأَنَّهَا قَدْ تُسْتَأْجَرُ لِلزِّرَاعَةِ وَلِغَيْرِهَا وَمَا يُزْرَعُ فِيهَا مُتَفَاوِتٌ فَلَا بُدَّ مِنَ التَّعْيِينِ كَيْ لَا تَقَعَ المُنَازَعَةُ (أَوْ يَقُولَ عَلَىٰ أَنْ يَزْرَعَ فِيهَا مَا شَاءَ) ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا فَوَّضَ الخِيَرَةَ إِلَيْهِ ارْتَفَعَتْ الجَهَالَةُ المُفْضِيَةُ إِلَى المُنَازَعَةِ.

قَالَ: (وَيَجُوزُ أَنْ يَسْتَأْجِرَ السَّاحَةَ؛ لِيَبْنِيَ فِيهَا؛ أَوْ لِيَغْرِسَ فِيهَا نَخْلًا أَوْ شَجَرًا) ؛ لِأَنَّهَا مَنْفَعَةٌ تُقْصَدُ بِالْأَرَاضِي (ثُمَّ إِذَا انْقَضَتْ مُدَّةُ الإِجَارَةِ لَزِمَهُ أَنْ يَقْلَعَ البِنَاءَ وَالْغَرْسَ وَيُسْلِمَهَا إِلَيْهِ فَارِغَةً) ؛ لِأَنَّهُ لَا نِهَايَةَ لَهُمَا وَفِي إِبْقَائِهِمَا إِضْرَارًا بِصَاحِبِ الأَرْضِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا انْقَضَتِ المُدَّةُ

قوله: وَمَا يُزْرَعُ فِيهَا مُتَفَاوِتٌ، لأنَّ الأرض قد تستأجر لزراعة البُرِّ ولزراعة الشعير ولزراعة الذُّرَة والأُرز وغيرها، وبعضها يضرُّ بالأرض، لأنَّ البعض قريب الإدراك والبعض بعيدة، أو لأنَّ البعض يضرُّ بالأرض كالذُّرَة، والبعض لا يضرُّه كالبطيخ، فما لم يبين شيئًا من ذلك لا يصير المعقود عليه معلومًا، وإعلام المعقود عليه شرط جواز الإجارة.

وَالزَّرْعُ بَقْلٌ حَيْثُ يُتْرَكُ بِأَجْرِ المِثْلِ إِلَىٰ زَمَانِ الإِدْرَاكِ؛ لِأَنَّ لَهُ نِهَايَةٌ مَعْلُومَةٌ فَأَمْكَنَ رِعَايَةُ الجَانِبَيْنِ.

قَالَ: (إِلَّا أَنْ يَخْتَارَ صَاحِبُ الأَرْضِ أَنْ يَغْرَمَ لَهُ قِيمَةَ ذٰلِكَ مَقْلُوعًا وَيَتَمَلَّكَهُ فَلَهُ ذٰلِكَ) وَهٰذَا بِرِضَا صَاحِبِ الغَرْسِ وَالشَّجَرِ، إِلَّا أَنْ تَنْقُصَ الأَرْضُ بِقَلْعِهِمَا فَحِينَئِذٍ يَتَمَلَّكُهُمَا بِغَيْرِ رِضَاهُ.

قَالَ: (أَوْ يَرْضَىٰ بِتَرْكِهِ عَلَىٰ حَالِهِ فَيَكُونَ البِنَاءُ لِهٰذَا وَالأَرْضُ لِهٰذَا) ؛ لِأَنَّ الحَقَّ لَهُ فَلَهُ أَنْ لَا يَسْتَوْفِيَهُ.

قَالَ: (وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: إِذَا انْقَضَتْ مُدَّةُ الإِجَارَةِ، وَفِي الأَرْضِ رُطَبَةٌ فَإِنَّهَا تُقْلَعُ) ؛ لِأَنَّ الرِّطَابَ لَا نِهَايَةَ لَهَا فَأَشْبَهَ الشَّجَرَ.

قَالَ: (وَيَجُوزُ اسْتِئْجَارُ الدَّوَابِّ لِلرُّكُوبِ وَالْحَمْلِ) ؛ لِأَنَّهُ مَنْفَعَةٌ مَعْلُومَةٌ مَعْهُودَةٌ (فَإِنْ أَطْلَقَ الرُّكُوبَ جَازَ لَهُ أَنْ يُرْكِبَ مَنْ شَاءَ) عَمَلًا

قوله: فَإِنْ أَطْلَقَ الرُّكُوبَ جَازَ لَهُ أَنْ يُرْكِبَ مَنْ شَاءَ، قال أبو نصر رحمه الله تعالىٰ: هذا الذي ذكره إنَّما أرادَ به إذا وقع العقد علىٰ أن تركب من شاءَ، لأنه لو أَطْلَقَ للركوب من غير أن يقول: علىٰ أن يركب من شاءَ، يفسد العقد، لأنَّه ممَّا يختلفُ اختلافًا فاحشًا، فإن قال: علىٰ أن تركب من شئتَ، صحَّ العقد وإن لم يسمِّ شخصًا بعينه لأنه رضي به، وكذا إذا استأجر ثوبًا للبسٍ يعني قال له: ألبس من شئتَ، ويحتملُ أنه أرادَ بقوله: فَإِنْ أَطْلَقَ الرُّكُوبَ جَازَ لَهُ أَنْ يُرْكِبَ مَنْ شَاءَ، أنه يسمّي الركوبَ ولم يعيِّن الراكب ولم يقل من شاءَ لأنه وإن وقعت الإجارة فاسدةً إلا أنه لم ينقض الإجارة حتَّىٰ أرْكَب رجلًا أو ركب هو

بِالْإِطْلَاقِ. وَلٰكِنْ إِذَا رَكِبَ بِنَفْسِهِ أَوْ أَرْكَبَ وَاحِدًا لَيْسَ لَهُ أَنْ يُرْكِبَ غَيْرَهُ؛ لِأَنَّهُ تَعَيَّنَ مُرَادًا مِنَ الأَصْلِ، وَالنَّاسُ يَتَفَاوَتُونَ فِي الرُّكُوبِ فَصَارَ كَأَنَّهُ نَصَّ عَلَىٰ رُكُوبِهِ (وَكَذٰلِكَ إِذَا اسْتَأْجَرَ ثَوْبًا لِلُّبْسِ وَأَطْلَقَ جَازَ فِيمَا ذَكَرْنَا) لِإِطْلَاقِ اللَّفْظِ وَتَفَاوُتِ النَّاسِ فِي اللُّبْسِ (وَإِنْ قَالَ: عَلَىٰ أَنْ يَرْكَبَهَا فُلَانٌ أَوْ يَلْبَسَ الثَّوْبَ فُلَانٌ فَأَرْكَبَهَا غَيْرَهُ أَوْ أَلْبَسَهُ غَيْرَهُ فَعَطِبَ كَانَ ضَامِنًا) ؛ لِأَنَّ النَّاسَ يَتَفَاوَتُونَ فِي الرُّكُوبِ وَاللُّبْسِ فَصَحَّ التَّعْيِينُ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَتَعَدَّاهُ، وَكَذٰلِكَ كُلُّ مَا يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْمُسْتَعْمِلِ لِمَا ذَكَرْنَا. فَأَمَّا العَقَارُ وَمَا لَا يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْمُسْتَعْمِلِ إِذَا شَرَطَ سُكْنَىٰ وَاحِدٍ فَلَهُ أَنْ يُسْكِنَ غَيْرَهُ؛ لِأَنَّ التَّقْيِيدَ غَيْرُ مُفِيدٍ لِعَدَمِ التَّفَاوُتِ الَّذِي يَضُرُّ بِالْبِنَاءِ، وَالَّذِي يَضُرُّ بِالْبِنَاءِ خَارِجٌ عَلَىٰ مَا ذَكَرْنَاهُ.

قَالَ: (وَإِنْ سَمَّىٰ نَوْعًا وَقَدْرًا مَعْلُومًا يَحْمِلُهُ عَلَى الدَّابَّةِ مِثْلَ أَنْ يَقُولَ خَمْسَةُ أَقْفِزَةِ حِنْطَةٍ فَلَهُ أَنْ يَحْمِلَ مَا هُوَ مِثْلُ الحِنْطَةِ فِي الضَّرَرِ

ارتفع الفساد وتعيَّن المراد من الأصل وصار كأنه نصَّ علىٰ ركوبه ابتداءً، وكذا إذا استأجرَ ثوبًا للبس ولم يعيِّن اللَّابسَ ولم يقل علىٰ أن يلبسه من شاءَ ثمَّ لبس هو أو ألْبَسه غيره.

قوله: وَالَّذِي يَضُرُّ بِالْبِنَاءِ خَارِجٌ، كالقصارة والحدادة لا يتناوله مطلق السكنىٰ.

قوله: عَلَىٰ مَا ذَكَرْنَاهُ، إشارةٌ إلىٰ قوله: إلَّا أنه لا يسكنُ حدادًا ولا قصارًا ولا طحَّانًا.

قوله: وَإِنْ سَمَّىٰ نَوْعًا وَقَدْرًا مَعْلُومًا يَحْمِلُهُ عَلَى الدَّابَّةِ مِثْلَ أَنْ يَقُولَ خَمْسَةُ أَقْفِزَةِ حِنْطَةٍ فَلَهُ أَنْ يَحْمِلَ مَا هُوَ مِثْلُ الحِنْطَةِ فِي الضَّرَرِ، كما إذا استأجرها ليحمل عليها عشرة

أَوْ أَقَلُّ كَالشَّعِيرِ وَالسِّمْسِمِ) ؛ لِأَنَّهُ دَخَلَ تَحْتَ الإِذْنِ لِعَدَمِ التَّفَاوُتِ، أَوْ لِكَوْنِهِ خَيْرًا مِنَ الأَوَّلِ (وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَحْمِلَ مَا هُوَ أَضَرُّ مِنَ الحِنْطَةِ كَالْمِلْحِ وَالْحَدِيدِ) لِانْعِدَامِ الرِّضَا فِيهِ (وَإِنِ اسْتَأْجَرَهَا لِيَحْمِلَ عَلَيْهَا قُطْنًا سَمَّاهُ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَحْمِلَ عَلَيْهَا مِثْلَ وَزْنِهِ حَدِيدًا) ؛ لِأَنَّهُ رُبَّمَا يَكُونُ أَضَرَّ بِالدَّابَّةِ فَإِنَّ الحَدِيدَ يَجْتَمِعُ فِي مَوْضِعٍ مِنْ ظَهْرِهَا وَالْقُطْنُ يَنْبَسِطُ عَلَىٰ ظَهْرِهَا.

قَالَ: (وَإِنِ اسْتَأْجَرَهَا لِيَرْكَبَهَا فَأَرْدَفَ مَعَهُ رَجُلًا فَعَطِبَتْ ضَمِنَ نِصْفَ

مخاتيم من هذه الحنطة فحمل عشرة مخاتيم من حنطة أخرىٰ، أو ليحمل عليها عشرة مخاتيم من حنطة نفسه فحمل عليها عشرة مخاتيم من حنطة غيره.

قوله: أَوْ أَقَلُّ كَالشَّعِيرِ وَالسِّمْسِمِ، بأن استأجرها ليحملَ عليها عشرةَ أقفزة حنطة فحمل عليها عشرة أقفزة شعيرٍ أو سمسمٍ، لأنَّ مثلَ كيل حنطة من الشعير يكون أخفَّ على الدابة، حتى قيل لو سمَّىٰ مقدارًا من الحنطة وزنًا فحمل مثل ذلك الوزن من الشعير يضمن، لأنه يأخذ من ظهر الدابة أكثرَ ممَّا تأخذه الحنطة، فهو كما استعارها ليحمل عليها حنطةً فحمل عليها قطنًا أو تِبنًا، وأمَّا مثلَ كيلها من الشعير فلا يأخذ من ظهرها أكثرَ ممَّا يأخذ الحنطة، وفي الذخيرة: وذكر شيخ الإسلام في شرحه أنه لا يضمن استحسانًا، ثمَّ قال: وهو الأصحُّ، وبه كان يفتي الصدر الشهيد رحمه الله تعالىٰ.

قوله: وَإِنِ اسْتَأْجَرَهَا لِيَرْكَبَهَا فَأَرْدَفَ مَعَهُ رَجُلًا آخَرَ فَعَطِبَتْ ضَمِنَ نِصْفَ قِيمَتِهَا، قيَّد بقوله: أَرْدَفَ، لأنه لو ركبها وحمل علىٰ عاتقه غيره يضمن جميع القيمة وإن كانت الدابة تطيقُ حملها، لأنَّ ثقل الراكب مع الذي حمله علىٰ عاتقه يجتمعان في مكانٍ واحدٍ فيكون أشقَّ على الدابة، أمَّا إذا كانت لا تطيقُ فيجبُ جميع الضمان في

قِيمَتِهَا وَلَا مُعْتَبَرَ بِالثِّقَلِ)؛ لِأَنَّ الدَّابَّةَ قَدْ يَعْقِرُهَا جَهْلُ الرَّاكِبِ الخَفِيفِ وَيَخِفُّ عَلَيْهَا رُكُوبُ الثَّقِيلِ لِعِلْمِهِ بِالْفُرُوسِيَّةِ، وَلِأَنَّ الآدَمِيَّ غَيْرُ مَوْزُونٍ فَلَا يُمْكِنُ مَعْرِفَةُ الوَزْنِ فَاعْتُبِرَ عَدَدُ الرَّاكِبِ كَعَدَدِ الْجُنَاةِ فِي الجِنَايَاتِ.

الأحوال كلها، كذا في الذخيرة، وقيَّد بقوله: رَجُلًا، لأنه لو أرْدَف صبيًّا لا يستمسك ضمن ما زادَ الثقل، وإن كان صبيًّا يستمسك فهو كالرجل، كذا في الفتاوىٰ، وقوله: ضَمِنَ نِصْفَ قِيمَتِهَا، وعليه الأجر كاملًا لاستيفاء المعقود عليه، فإنَّ ركوبه لا يختلفُ بأن يردفَ معه غيره أو لا يردفُ، ثمَّ للمالك الخيارُ في ذلك إن شاءَ ضمن المستأجرَ، وإن شاء ضمن الرديف، فإن ضمن المستأجر لا يرجع على الرديف مستأجرًا كان أو مستعيرًا، وإن ضمن الرديف رجعَ هو على المستأجر إن كان ذلك الرديف مستأجرًا، وإن كان مستعيرًا لا يرجع عليه، كذا في الذخيرة والمغني، فإن قيل: الأجر مع الضمان لا يجتمعان وقد وجب عليه ضمان النصف فكان ينبغي أن لا يجب عليه نصف الأجر؟ قلنا: إنَّما ينفي الأجر عنه عند وجوب الضمان لأنَّه ملكه بالضمان بطريق الغصب ولا أجر عليه في ملكه، وههنا لا يملك شيئًا بِهذا الضمان ممَّا شغله بركوب نفسه وجميع المسمَّىٰ بمقابلة ذلك، وإنَّما يضمن ما شغله بركوب الغير ولا أجر بمقابلة ذلك ليسقطَ عنه.

قوله: وَلَا مُعْتَبَرَ بِالثِّقَلِ، الثِقَل بوزن الكِبَر خلاف الخِفة، والثِقل الحمل.

قوله: كَعَدَدِ الْجُنَاةِ فِي الجِنَايَاتِ، حتَّىٰ إذا جرح رجلٌ جراحةً واحدةً والآخر عشر جراحات خطأً فماتَ فالدية بينهما أنصافًا، لأنه رُبَّما يكون جراحةً واحدةً أكثر تأثيرًا من عشر جراحاتٍ، فكذلك سقط اعتبار الثقل لما ذكر واعتبر عدد الرا كب.

قَالَ: (وَإِنِ اسْتَأْجَرَهَا لِيَحْمِلَ عَلَيْهَا مِقْدَارًا مِنَ الحِنْطَةِ فَحَمَلَ عَلَيْهَا أَكْثَرَ مِنْهُ فَعَطِبَتْ ضَمِنَ مَا زَادَ الثِّقَلُ) ؛ لِأَنَّهَا عَطِبَتْ بِمَا هُوَ مَأْذُونٌ فِيهِ وَمَا هُوَ غَيْرُ مَأْذُونٍ فِيهِ وَالسَّبَبُ الثِّقَلُ فَانْقَسَمَ عَلَيْهِمَا (إِلَّا إِذَا كَانَ حَمْلًا لَا يُطِيقُهُ مِثْلُ تِلْكَ الدَّابَّةِ فَحِينَئِذٍ يَضْمَنُ كُلَّ قِيمَتِهَا) لِعَدَمِ الإِذْنِ فِيهَا أَصْلًا لِخُرُوجِهِ عَنِ العَادَةِ.

قَالَ: (وَإِنْ كَبَحَ الدَّابَّةَ بِلِجَامِهَا أَوْ ضَرَبَهَا فَعَطِبَتْ ضَمِنَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -. وَقَالَا: لَا يَضْمَنُ إِذَا فَعَلَ فِعْلًا مُتَعَارَفًا) ؛ لِأَنَّ المُتَعَارَفَ مِمَّا يَدْخُلُ تَحْتَ مُطْلَقِ العَقْدِ فَكَانَ حَاصِلًا بِإِذْنِهِ فَلَا يَضْمَنُهُ. وَلِأَبِي

قوله: وَإِنِ اسْتَأْجَرَهَا لِيَحْمِلَ عَلَيْهَا مِقْدَارًا مِنَ الحِنْطَةِ فَحَمَلَ عَلَيْهَا أَكْثَرَ مِنْهُ فَعَطِبَتْ ضَمِنَ مَا زَادَ الثِّقَلُ، وهذا بخلاف ما إذا استأجرَ ثورًا ليطحن به عشرة مخاتيم حنطةٍ فطحن أحد عشر مختومًا فهلكَ فإنه يضمن جميع قيمته، لأنَّ الطحن يكون شيئًا فشيئًا، فلمَّا طحنَ عشرةَ مخاتيم انتهىٰ إذن المالك فبعد ذلك هو في الطحن مخالفٌ في جميع الدابة مستعملٌ لها بغير إذن المالك، فبعد ذلك يضمن جميع قيمتها، فأمَّا الحمل فيكون جملةً واحدةً فهو في البعض مستعملٌ لها بإذن المالك وفي البعض مخالفٌ فيتوزع الضمان علىٰ ذلك.

قوله: فَانْقَسَمَ عَلَيْهِمَا، مثلَ أن يستأجر دابةً ليحمل عليها مائة من الحنطة، فحمل مائة وعشرة يقسم علىٰ أحد عشر جزءًا فيضمن جزءًا.

قوله: وَإِنْ كَبَحَ الدَّابَّةَ بِلِجَامِهَا، أي ردَّها وهو أن يجذبَها إلىٰ نفسه لتقف ولا تجري.

قوله: لِأَنَّ المُتَعَارَفَ مِمَّا يَدْخُلُ تَحْتَ مُطْلَقِ العَقْدِ، لأنَّ المعروف عرفًا كالمشروط

حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ الإِذْنَ مُقَيَّدٌ بِشَرْطِ السَّلَامَةِ إِذْ يَتَحَقَّقُ السَّوْقُ بِدُونِهِ، وَإِنَّمَا هُمَا لِلْمُبَالَغَةِ فَيَتَقَيَّدُ بِوَصْفِ السَّلَامَةِ كَالْمُرُورِ فِي الطَّرِيقِ.

قَالَ: (وَإِنِ اسْتَأْجَرَهَا إِلَى الحِيرَةِ فَجَاوَزَ بِهَا إِلَى القَادِسِيَّةِ ثُمَّ رَدَّهَا إِلَىٰ الحِيرَةِ ثُمَّ نَفَقَتْ فَهُوَ ضَامِنٌ، وَكَذٰلِكَ العَارِيَّةُ) وَقِيلَ تَأْوِيلُ هٰذِهِ المَسْأَلَةِ إِذَا اسْتَأْجَرَهَا ذَاهِبًا لَا جَائِيًا؛ لِيَنْتَهِيَ العَقْدُ بِالْوُصُولِ إِلَى الحِيرَةِ فَلَا يَصِيرُ بِالْعَوْدِ مَرْدُودًا إِلَىٰ يَدِ المَالِكِ مَعْنًىٰ. وَأَمَّا إِذَا اسْتَأْجَرَهَا ذَاهِبًا وَجَائِيًا فَيَكُونُ بِمَنْزِلَةِ المُودَعِ إِذَا خَالَفَ ثُمَّ عَادَ إِلَى الوِفَاقِ. وَقِيلَ لَا، بَلِ الجَوَابُ

شرطًا، ورُبَّما لا تنقاد الدابة إلَّا به فيكون الإذن ثابتًا منه بالعرف.

قوله: كَالْمُرُورِ فِي الطَّرِيقِ، وجه الإلحاق به من حيث حصول المنفعة بذلك الفعل للفاعل لا لغيره، وذلك لأنَّه إن أبيحَ له الضرب ههنا إنَّما أبيحَ لمنفعة نفسه لا لحقِّ المالك، فإنَّ حقَّ المالك في الأجر يتقرَّر بدونه، ومثله يتقيَّدُ بشرط السلامة كالرمي إلى الصيد، بخلاف ما إذا أذنَ المالك فيه نصًّا فإنَّ بعد الإذن فعله كفعل المالك، وهذا إذا ضربه ضربًا يضرب مثله، أمَّا إذا لم يكن بِهذه المثابة يضمن بالإجماع، لأنه غير داخلٍ تحت العقد لا نصًّا ولا عرفًا.

قوله: إِلَى الحِيرَةِ، الحِيَرة بالكسر مدينةٌ كان يسكنها النعمان بن المنذر، وهيَ علىٰ رأس ميلٍ من الكوفة، والقادسية موضعٌ بينه وبين الكوفة خمسة عشر ميلًا، كذا في المغرب.

قوله: وَكَذٰلِكَ العَارِيَّةُ، يعني إذا استأجرَ دابةً إلىٰ موضعٍ معلومٍ وجاوزَ عنها ثمَّ عاد إليها ثمَّ هلكت يضمن.

قوله: وَقِيلَ لَا، بَلِ الجَوَابُ مُجْرًى عَلَى الإِطْلَاقِ، وهو أنه يضمن في كل حالٍ.

مُجْرًىٰ عَلَى الإِطْلَاقِ. وَالْفَرْقُ أَنَّ المُودَعَ بِأُمُورٍ بِالْحِفْظِ مَقْصُودًا فَبَقِيَ الأَمْرُ بِالْحِفْظِ بَعْدَ العَوْدِ إِلَى الوِفَاقِ فَحَصَلَ الرَّدُّ إِلَىٰ يَدِ نَائِبِ المَالِكِ، وَفِي الإِجَارَةِ وَالْعَارِيَّةِ يَصِيرُ الحِفْظُ مَأْمُورًا بِهِ تَبَعًا لِلاسْتِعْمَالِ لَا مَقْصُودًا، فَإِذَا انْقَطَعَ الِاسْتِعْمَالُ لَمْ يَبْقَ هُوَ نَائِبًا فَلَا يَبْرَأُ بِالْعَوْدِ وَهٰذَا أَصَحُّ.

قَالَ: (وَمَنِ اكْتَرَىٰ حِمَارًا بِسَرْجٍ فَنَزَعَ السَّرْجَ وَأَسْرَجَهُ بِسَرْجٍ يُسْرَجُ بِمِثْلِهِ الحُمُرُ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ) ؛ لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ يُمَاثِلُ الأَوَّلَ تَنَاوَلَهُ إِذْنُ المَالِكِ، ....

قوله: وَفِي الإِجَارَةِ وَالْعَارِيَّةِ يَصِيرُ الحِفْظُ مَأْمُورًا بِهِ تَبَعًا لِلاسْتِعْمَالِ، يريدُ به أنَّ المالك ما أمر المستأجر والمستعير بالحفظ قصدًا ونصًّا، وإنَّما أمرهما بالاستعمال والانتفاع فكان لهما ولاية الحفظ ضرورة الانتفاع، فإذا جاوز الحيرة صار غاصبًا للدابة ودخلت في ضمانه، والغاصب لا يبرأ عن الضمان إلا بالردِّ على المالك أو علىٰ من هو مأمورٌ بالحفظ من جهة المالك ولم يوجد، فإن قيل: لا كذلك فإنَّ غاصب الغاصب إذا ردَّ المغصوبَ إلى الغاصب فإنه يبرأ وإن لم يوجد الردَّ إلىٰ أحد هذين؟ قلنا: نزيدُ في المأخذ أو علىٰ من يؤخذ منه فسبب الضمان يرتفع بالردِّ عليه، كذا في الفوائد الظهيرية، وقد طعنَ عيسىٰ رحمه الله تعالىٰ فقال: يد المستأجر كيد المالك، بدليل أنه يرجع بما لحقه على المالك، بخلاف المستعير، وبدليل أنَّ مؤنة الردِّ على المالك في الإجارة دون العارية، ولكنَّا نقولُ: رجوعه بالضمان للغرور المتمكَّن بسبب عقد المعاوضة، وذلك لا يدلُّ علىٰ أنَّ يده ليست بيد نفسه كالمشتري يرجع بضمان الغرور، وكذلك مؤنة الردِّ على المالك لِمَا فيه من المنفعة في النقل فأمَّا يد المستأجر يد نفسه، كذا في المبسوط.

إِذْ لَا فَائِدَةَ فِي التَّقْيِيدِ بِغَيْرِهِ إِلَّا إِذَا كَانَ زَائِدًا عَلَيْهِ فِي الوَزْنِ فَحِينَئِذٍ يَضْمَنُ الزِّيَادَةَ (وَإِنْ كَانَ لَا يُسْرَجُ بِمِثْلِهِ الحُمُرُ ضَمِنَ) ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَتَنَاوَلْهُ الإِذْنُ مِنْ جِهَتِهِ فَصَارَ مُخَالِفًا (وَإِنْ أَوْكَفَهُ بِإِكَافٍ لَا يُوكَفُ بِمِثْلِهِ الحُمُرُ يَضْمَنُ) لِمَا قُلْنَا فِي السَّرْجِ، وَهٰذَا أَوْلَىٰ (وَإِنْ أَوْكَفَهُ بِإِكَافٍ يُوكَفُ بِمِثْلِهِ الحُمُرُ يَضْمَنُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَالَا: يَضْمَنُ بِحِسَابِهِ)؛

قوله: إِذْ لَا فَائِدَةَ فِي التَّقْيِيدِ بِغَيْرِهِ، وهو الذي اكترىٰ به ونزعه، لأنَّ الذي أسْرَجه به مثل الذي اكترىٰ به، وهو نظير ما لو استأجر الحمار ليحمل عليه عشرة مخاتيم من حنطة نفسه فحمل عليه عشرة مخاتيم من حنطة غيره.

قوله: وَإِنْ كَانَ لَا يُسْرَجُ بِمِثْلِهِ الحُمُرُ، بأن أسْرَج الحمار بسرج البرذون، ضَمِنَ، أي جميع القيمة.

قوله: وَهٰذَا أَوْلَىٰ، لأنه لمَّا ضَمِن بالسرج الآخر مع أنه من جنسه فالضمان بالأكاف مع أنه من خلاف جنسه أوْلىٰ، وإن أوكفه بأكاف يوكف بمثله الحُمُر، ذكر هذه المسئلة في الإجارات فقال: يضمن بقدر ما زاد، وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالىٰ، ومن مشايخنا من قال: ليس في المسئلة اختلاف الروايتين عن أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، لأنه لم يذكر في الجامع الصغير أنه ضامن جميع القيمة ولكنه قال: هو ضامنٌ، ولم يبيِّن أيَّ قدر يضمن، فكان المطلق محمولًا على المفسَّر، ومنهم من قال: عن أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ روايتان، في رواية الإجارات يضمن بقدر ما زاد، وفي رواية هذا الكتاب يضمن جميع القيمة، قال شيخ الإسلام خواهر زاده: وهو الأصحُّ، وتكلَّموا في معنىٰ قول أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ: يضمن بحسابه، وهو إحدى الروايتين عن أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، منهم من قدَّر ذلك بالمساحة، حتى لو كان السرج يأخذ من ظهر الدابة قدر شبرين

لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ يُوكَفُ بِمِثْلِهِ الحُمُرُ كَانَ هُوَ وَالسَّرْجُ سَوَاءٌ فَيَكُونُ المَالِكُ رَاضِيًا بِهِ، إِلَّا إِذَا كَانَ زَائِدًا عَلَىٰ السَّرْجِ فِي الوَزْنِ فَيَضْمَنُ الزِّيَادَةَ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَرْضَ بِالزِّيَادَةِ فَصَارَ كَالزِّيَادَةِ فِي الحَمْلِ المُسَمَّىٰ إِذَا كَانَ مِنْ جِنْسِهِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ الإِكَافَ لَيْسَ مِنْ جِنْسِ السَّرْجِ؛ لِأَنَّهُ لِلْحَمْلِ، وَالسَّرْجُ لِلرُّكُوبِ، وَكَذَا يَنْبَسِطُ أَحَدُهُمَا عَلَىٰ ظَهْرِ الدَّابَّةِ مَا لَا يَنْبَسِطُ عَلَيْهِ الآخَرُ فَكَانَ مُخَالِفًا كَمَا إِذَا حَمَلَ الحَدِيدَ وَقَدْ شَرَطَ لَهُ الحِنْطَةَ.

قَالَ: (وَإِنِ اسْتَأْجَرَ حَمَّالًا لِيَحْمِلَ لَهُ طَعَامًا فِي طَرِيقِ كَذَا فَأَخَذَ فِي

والإكاف قدر أربعة أشبار يضمن نصف القيمة، قيل معناه بحسابه في الثقل والخفة، حتَّىٰ لو كان ثقل الإكاف ضعف ثقل السرج يضمن نصف قيمته، فإن قيل: التفاوت بين السرجين دون التفاوت بين السرج والأكاف، لأنَّ السرج جنسٌ واحدٌ، أمَّا الإكاف فمخالف للسرج جنسًا فيجب أن لا يضمن جميع قيمة الدابة عندهما كما لو أوكف المسرج، قلنا: التفاوت بين السرجين دون التفاوت بين السرج والأكاف في الصورة والانتفاع المطلوب منهما، أمَّا في حق الإضرار بالدابة فالتفاوت بين سرج الحمر وبين إكاف يوكف به الحمر أقلّ من التفاوت بين سرج الحُمُر وسرج البراذين، والضمان حكم يتعلق بالضرر.

قوله: لِأَنَّهُ لِلْحَمْلِ، وَالسَّرْجُ لِلرُّكُوبِ، إشارةٌ إلى المخالفة المعنوية.

قوله: وَكَذَا يَنْبَسِطُ، إلىٰ آخره، إشارة إلى المخالفة الصورية فتحققت المخالفة صورةً ومعنًى فيضمن، كما إذا حمل الحديد وقد شرط له الحنطة لوجود المخالفة صورةً ومعنًى، أمَّا صورةً فظاهرٌ، وأمَّا معنًى فلأنَّ الحديد يجتمع في موضع من ظهر الدابة فيكون أشقَّ، كذا هنا أيضًا.

طَرِيقِ غَيْرِهِ يَسْلُكُهُ النَّاسُ فَهَلَكَ المَتَاعُ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ، وَإِنْ بَلَغَ فَلَهُ الأَجْرُ) وَهٰذَا إِذَا لَمْ يَكُنْ بَيْنَ الطَّرِيقَيْنِ تَفَاوُتٌ؛ لِأَنَّ عِنْدَ ذٰلِكَ التَّقْيِيدَ غَيْرُ مُفِيدٍ، أَمَّا إِذَا كَانَ تَفَاوُتٌ يَضْمَنُ لِصِحَّةِ التَّقْيِيدِ فَإِنَّ التَّقْيِيدَ مُفِيدٌ إِلَّا أَنَّ الظَّاهِرَ عَدَمُ التَّفَاوُتِ إِذَا كَانَ طَرِيقًا يَسْلُكُهُ النَّاسُ فَلَمْ يُفَصِّلْ (وَإِنْ كَانَ طَرِيقًا لَا يَسْلُكُهُ النَّاسُ فَهَلَكَ ضَمِنَ) ؛ لِأَنَّهُ صَحَّ التَّقْيِيدُ فَصَارَ مُخَالِفًا (وَإِنْ بَلَغَ فَلَهُ الأَجْرُ) ؛ لِأَنَّهُ ارْتَفَعَ الخِلَافُ مَعْنًىٰ، وَإِنْ بَقِيَ صُورَةً.

قَالَ: (وَإِنْ حَمَلَهُ فِي البَحْرِ فِيمَا يَحْمِلُهُ النَّاسُ فِي البَرِّ ضَمِنَ) لِفُحْشِ التَّفَاوُتِ بَيْنَ البَرِّ وَالْبَحْرِ (وَإِنْ بَلَغَ فَلَهُ الأَجْرُ) لِحُصُولِ المَقْصُودِ وَارْتِفَاعِ الخِلَافِ مَعْنًىٰ.

قَالَ: (وَمَنِ اسْتَأْجَرَ أَرْضًا؛ لِيَزْرَعَهَا حِنْطَةً فَزَرَعَهَا رُطَبَةً ضَمِنَ مَا نَقَصَهَا) لِأَنَّ الرِّطَابَ أَضَرُّ بِالْأَرْضِ مِنَ الحِنْطَةِ لِانْتِشَارِ عُرُوقِهَا فِيهَا وَكَثْرَةِ الحَاجَةِ إِلَىٰ سَقْيِهَا فَكَانَ خِلَافًا إِلَىٰ شَرٍّ فَيَضْمَنُ مَا نَقَصَهَا (وَلَا

قوله: أَمَّا إِذَا كَانَ تَفَاوُتٌ يَضْمَنُ، أي أمَّا إذا كان تفاوتٌ بين الطريقين يضمن، والتفاوت هو أن يكون الطريق الذي أخذَ فيه بالسلوك أوْعَر أو أبْعَد أو أخْوَف ثمَّ هلك المتاع يضمن.

قوله: فَلَمْ يُفَصِّلْ، أي فلم يفصل محمد رحمه الله تعالىٰ في الجواب بناءً علىٰ أنَّ الظاهر عدم التفاوت في الطريقين إذا كانا مسلوكين.

أَجْرَ لَهُ) ؛ لِأَنَّهُ غَاصِبٌ لِلْأَرْضِ عَلَىٰ مَا قَرَّرْنَاهُ.

قَالَ: (وَمَنْ دَفَعَ إِلَىٰ خَيَّاطٍ ثَوْبًا لِيَخِيطَهُ قَمِيصًا بِدِرْهَمٍ فَخَاطَهُ قَبَاءً، فَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ قِيمَةَ الثَّوْبِ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ القَبَاءَ وَأَعْطَاهُ أَجْرَ مِثْلِهِ لَا يُجَاوَزُ بِهِ دِرْهَمًا) قِيلَ: مَعْنَاهُ القَرْطَفُ الَّذِي هُوَ ذُو طَاقٍ وَاحِدٍ؛ لِأَنَّهُ يُسْتَعْمَلُ اسْتِعْمَالَ القَمِيصِ، وَقِيلَ هُوَ مُجْرًى عَلَىٰ إِطْلَاقِهِ؛ لِأَنَّهُمَا يَتَقَارَبَانِ فِي المَنْفَعَةِ. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ يُضَمِّنُهُ مِنْ غَيْرِ خِيَارٍ؛ لِأَنَّ القَبَاءَ خِلَافُ جِنْسِ القَمِيصِ. وَوَجْهُ الظَّاهِرِ أَنَّهُ قَمِيصٌ مِنْ وَجْهٍ؛

قوله: لِأَنَّهُ غَاصِبٌ لِلْأَرْضِ عَلَىٰ مَا قَرَّرْنَاهُ، إشارةٌ إلىٰ قوله: لِأَنَّ الرِّطَابَ أَضَرُّ بِالْأَرْضِ مِنَ الحِنْطَةِ، إلىٰ آخره، فلا يكون مستوفيًا ما يتناوله العقدُ، فإن قيل: لا كذلك فإنَّ المعقود عليه منفعة الأرض بالزراعة وقد استوفَىٰ ذلك بزراعة الرطبة ولكنه زاد على القدر المستحقِّ عليه فينبغي أن يجب الأجرَ عليه، قلنا: ضرر الحنطة على الأرض أقلُّ من ضرر الرطبة، فالحنطة تزرعُ في كل سنةٍ والرطبة لا تزرع في كل سنةٍ ولكنها تنمو في كل سنة إلىٰ أن يبلىٰ أصلها، فكان الجنس مختلفًا ومع اختلاف الجنس لا يكون هو مستوفيًا للمعقود عليه، ثمَّ لا بُدَّ من إيجاب نقصان الأرض عليه والأجر مع الضمان لا يجتمعان، وإن زرعَ في الأرض ما هو أقلُّ ضررًا من الحنطة يلزمه الأجر المسمَّىٰ لأنه خلاف إلىٰ خيرٍ فلم يصر به غاصبًا.

قوله: قِيلَ: مَعْنَاهُ القَرْطَفُ الَّذِي هُوَ ذُو طَاقٍ وَاحِدٍ، القرطف قباءٍ ذو طاقٍ، وهو الذي يلبسه الأتراك مكان القميص.

قوله: وَقِيلَ هُوَ مُجْرًى عَلَىٰ إِطْلَاقِهِ، لأنه أطلق في الكتاب، فدلَّ ذلك علىٰ أنَّ

لِأَنَّهُ يُشَدُّ وَسَطُهُ، فَمِنْ هٰذَا الوَجْهِ يَكُونُ مُخَالِفًا؛ لِأَنَّ القَمِيصَ لَا يُشَدُّ وَيُنْتَفَعُ بِهِ انْتِفَاعُ القَمِيصِ فَجَاءَتْ المُوَافَقَةُ وَالْمُخَالَفَةُ فَيَمِيلُ إِلَىٰ أَيِّ الجِهَتَيْنِ شَاءَ، إِلَّا أَنَّهُ يَجِبُ أَجْرُ المِثْلِ لِقُصُورِ جِهَةِ المُوَافَقَةِ، وَلَا يُجَاوِزُ بِهِ الدِّرْهَمَ المُسَمَّىٰ كَمَا هُوَ الحُكْمُ فِي سَائِرِ الإِجَارَاتِ الفَاسِدَةِ عَلَىٰ مَا نُبَيِّنُهُ فِي بَابِهِ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَىٰ. وَلَوْ خَاطَهُ سَرَاوِيلَ وَقَدْ أَمَرَ بِالْقَبَاءِ قِيلَ يَضْمَنُ مِنْ غَيْرِ خِيَارٍ لِلتَّفَاوُتِ فِي المَنْفَعَةِ، وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يُخَيَّرُ لِلِاتِّحَادِ فِي أَصْلِ المَنْفَعَةِ، وَصَارَ كَمَا إِذَا أُمِرَ بِضَرْبِ طَسْتٍ مِنْ شَبَهٍ فَضَرَبَ مِنْهُ كُوزًا، فَإِنَّهُ يُخَيَّرُ كَذَا هٰذَا، وَاللهُ تَعَالَىٰ أَعْلَمُ.

الحكم في الكل واحد لأنَّهما يتقاربان في المنفعة من حيث دفع الحرِّ والبرد أو ستر العورة، ولكلٍّ واحد منهما كمانٌ وذيلٌ ودخريصٌ.

قوله: لِلِاتِّحَادِ فِي أَصْلِ المَنْفَعَةِ، وهو اللُّبس والستر، والله أعلم بالصواب.

* * *

بَابُ الإِجَارَةِ الفَاسِدَةِ

قَالَ: (الْإِجَارَةُ تُفْسِدُهَا الشُّرُوطُ كَمَا تُفْسِدُ البَيْعَ) ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَتِهِ، أَلَا تَرَىٰ أَنَّهُ عَقْدٌ يُقَالُ وَيُفْسَخُ (وَالْوَاجِبُ فِي الإِجَارَةِ الفَاسِدَةِ أَجْرُ المِثْلِ لَا يُجَاوَزُ بِهِ المُسَمَّىٰ) وَقَالَ زُفَرُ وَالشَّافِعِيُّ: يَجِبُ بَالِغًا مَا بَلَغَ اعْتِبَارًا

باب الإجارة الفاسدة

قوله: الإِجَارَةُ تُفْسِدُهَا الشُّرُوطُ كَمَا تُفْسِدُ البَيْعَ، مثلَ أن يستأجر رحىٰ ماءٍ علىٰ أنه إن انقطع الماء فالأجر عليه، لأنَّ هذا الشرط مخالفٌ لموجب العقد فموجب العقد أن لا يجب الأجرَ إلَّا بالتمكن من استيفاء المعقود عليه، وكل شرط يخالف موجب العقد فهو مفسدٌ للعقد، لأنَّ الإجارةَ تثبت على المضايقة والمماكسة فتفسد بالشرط كالبيع، لأنَّ اشتراطه يكون سببًا للمنازعة، ألا ترىٰ أنَّ النكاح لمَّا بني على المسامحة والمساهلة لا يفسد بالشرط.

قوله: لَا يُجَاوَزُ بِهِ المُسَمَّىٰ، أي الواجب الأقلُّ من أجر المثل ومن المسمَّىٰ، وهذا إذا كان فساد الإجارة بسبب شرطٍ فاسدٍ، لا باعتبار جهالة المسمَّىٰ ولا باعتبار عدم التسمية، أمَّا إذا كان باعتبار واحد منهما يجب الأجرُ بالغًا ما بلغ، كما إذا استأجرَ دارًا علىٰ دابةٍ أو ثوبٍ أو آجر منه دارًا ليسكنها بعترته علىٰ أن يعمرها ويؤدي نوائبها فإن تمَّ يجب أجر المثل بالغًا مَا بلغَ.

بِبَيْعِ الأَعْيَانِ. وَلَنَا أَنَّ المَنَافِعَ لَا تَتَقَوَّمُ بِنَفْسِهَا بَلْ بِالْعَقْدِ لِحَاجَةِ النَّاسِ فَيُكْتَفَىٰ بِالضَّرُورَةِ فِي الصَّحِيحِ مِنْهَا، إِلَّا أَنَّ الفَاسِدَ تَبَعٌ لَهُ، وَيُعْتَبَرُ مَا يُجْعَلُ بَدَلًا فِي الصَّحِيحِ عَادَةً، لٰكِنَّهُمَا إِذَا اتَّفَقَا عَلَىٰ مِقْدَارٍ فِي الفَاسِدِ فَقَدْ أَسْقَطَا الزِّيَادَةَ، وَإِذَا نَقَصَ أَجْرُ المِثْلِ لَمْ يَجِبْ زِيَادَةُ المُسَمَّىٰ لِفَسَادِ التَّسْمِيَةِ، بِخِلَافِ البَيْعِ؛ لِأَنَّ العَيْنَ مُتَقَوِّمَةٌ فِي نَفْسِهَا وَهِيَ المُوجِبُ الأَصْلِيُّ، فَإِنْ صَحَّتِ التَّسْمِيَةُ انْتَقَلَ عَنْهُ وَإِلَّا فَلَا.

قَالَ: (وَمَنِ اسْتَأْجَرَ دَارًا كُلَّ شَهْرٍ بِدِرْهَمٍ فَالْعَقْدُ صَحِيحٌ فِي شَهْرٍ وَاحِدٍ فَاسِدٌ فِي بَقِيَّةِ الشُّهُورِ، إِلَّا أَنْ يُسَمِّيَ جُمْلَةَ شُهُورٍ مَعْلُومَةٍ) ؛ لِأَنَّ الأَصْلَ أَنَّ كَلِمَةَ كُلٍّ إِذَا دَخَلَتْ فِيمَا لَا نِهَايَةَ لَهُ تَنْصَرِفُ إِلَى الوَاحِدِ لِتَعَذُّرِ

قوله: وَلَنَا أَنَّ المَنَافِعَ لَا تَتَقَوَّمُ بِنَفْسِهَا، لأنَّ التقوم يستدعي سبق الإحراز، وما لا يبقىٰ كيف يحرز؟ وإنَّما صارت متقوِّمةً شرعًا بالعقد لضرورة حاجة الناس إليه، فيكتفى بتلك الضرورة في الصحيح منها، إلا أنَّ الفاسدةَ تبعٌ للصحيح فلا يفرد له حكمٌ، ولا يُقال: لمَّا كان تقويم المنافع بالعقد فإذا فسدَ العقد ينبغي أن لا يجب شيءٌ لأنَّ الإجارة الفاسدة ملحقة بالإجارة الصحيحة لكونها تبعًا لها والبيعُ يثبت بحسب ثبوت الأصل، وهذا لأنَّ الفاسد مشروعٌ بأصله دون وصفه، وفي تمييزه من الصحيح حرجٌ فألحقناه به، فإذا التحق الفاسد بالصحيح يعتبر في الإجارة الفاسدة ما يجعل بدلًا في الصحيح عادةً وهو أجر المثل، وهذا بيانُ أنَّ المعتبر في الفاسد أجر المثل، وقوله: لٰكِنَّهُمَا إِذَا اتَّفَقَا، بيانُ أنه لا يزاد على المسمَّىٰ لأنَّهما إذا اتفقا علىٰ شيءٍ فقد أسْقَطا الزيادة فالإسقاط وإن كان في ضمن التسمية لكن لا يفسد بفسادها لرضاءه بسقوط الزيادة وعدم تقوُّم المنافع في نفسها.

قوله: لِأَنَّ الأَصْلَ أَنَّ كَلِمَةَ كُلٍّ إِذَا دَخَلَتْ فِيمَا لَا نِهَايَةَ لَهُ تَنْصَرِفُ إِلَى الوَاحِدِ،

العَمَلِ بِالْعُمُومِ فَكَانَ الشَّهْرُ الوَاحِدُ مَعْلُومًا فَصَحَّ العَقْدُ فِيهِ، وَإِذَا تَمَّ كَانَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنْ يَنْقُضَ الإِجَارَةَ لِانْتِهَاءِ العَقْدِ الصَّحِيحِ (وَلَوْ سَمَّىٰ جُمْلَةَ شُهُورٍ مَعْلُومَةٍ جَازَ) ؛ لِأَنَّ المُدَّةَ صَارَتْ مَعْلُومَةً.

قَالَ: (وَإِنْ سَكَنَ سَاعَةً مِنَ الشَّهْرِ الثَّانِي صَحَّ العَقْدُ فِيهِ وَلَمْ يَكُنْ لِلْمُؤَجِّرِ أَنْ يُخْرِجَهُ إِلَىٰ أَنْ يَنْقَضِيَ، وَكَذٰلِكَ كُلُّ شَهْرٍ سَكَنَ فِي أَوَّلِهِ سَاعَةً) ؛ لِأَنَّهُ تَمَّ العَقْدُ بِتَرَاضِيهِمَا بِالسُّكْنَىٰ فِي الشَّهْرِ الثَّانِي، إِلَّا أَنَّ الَّذِي ذَكَرَهُ فِي الكِتَابِ هُوَ القِيَاسُ، وَقَدْ مَالَ إِلَيْهِ بَعْضُ المَشَايِخِ، وَظَاهِرُ الرِّوَايَةِ أَنْ يَبْقَىٰ الخِيَارُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي اللَّيْلَةِ الأُولَىٰ مِنَ الشَّهْرِ الثَّانِي وَيَوْمِهَا؛ لِأَنَّ فِي اعْتِبَارِ الأَوَّلِ بَعْضَ الحَرَجِ.

قَالَ: (وَإِنِ اسْتَأْجَرَ دَارًا سَنَةً بِعَشَرَةِ دَرَاهِمَ جَازَ وَإِنْ لَمْ يُبَيِّنْ قِسْطَ كُلِّ شَهْرٍ مِنَ الأُجْرَةِ) ؛ لِأَنَّ المُدَّةَ مَعْلُومَةٌ بِدُونِ التَّقْسِيمِ فَصَارَ كَإِجَارَةِ شَهْرٍ وَاحِدٍ فَإِنَّهُ جَائِزٌ وَإِنْ لَمْ يُبَيِّنْ قِسْطَ كُلِّ يَوْمٍ، (ثُمَّ يُعْتَبَرُ ابْتِدَاءُ المُدَّةِ مِمَّا سَمَّىٰ وَإِنْ لَمْ يُسَمِّ شَيْئًا فَهُوَ مِنَ الوَقْتِ الَّذِي اسْتَأْجَرَهُ)؛ لِأَنَّ الأَوْقَاتَ كُلَّهَا فِي حَقِّ الإِجَارَةِ عَلَى السَّوَاءِ فَأَشْبَهَ اليَمِينَ، بِخِلَافِ الصَّوْمِ؛ لِأَنَّ

لأنه لا يمكن تصحيح العقد علىٰ جملة الشهور لجهالتها ولا علىٰ ما بين الأدنىٰ والكلِّ لعدم أولوية بعضها فتعيَّن الأدنىٰ.

قوله: فَأَشْبَهَ اليَمِينَ، بأن حلفَ لا يكلِّم فلانًا شهرًا فهو من يوم حلفَ، بخلاف الصوم فإنه إذا نذرَ أن يصوم شهرًا لم يتعيَّن الشهر الذي يلي النذرَ لأنه يختصُّ الشروعَ فيه

اللَّيَالِيَ لَيْسَتْ بِمَحَلٍّ لَهُ (ثُمَّ إنْ كَانَ العَقْدُ حِينَ يَهِلُّ الهِلَالُ فَشُهُورُ السَّنَةِ كُلِّهَا بِالْأَهِلَّةِ) ؛ لِأَنَّهَا هِيَ الأَصْلُ (وَإِنْ كَانَ فِي أَثْنَاءِ الشَّهْرِ فَالْكُلُّ بِالْأَيَّامِ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي يُوسُفَ. وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي يُوسُفَ الأَوَّلُ بِالْأَيَّامِ وَالْبَاقِي بِالْأَهِلَّةِ؛ لِأَنَّ الأَيَّامَ يُصَارُ إلَيْهَا ضَرُورَةً، وَالضَّرُورَةُ فِي الأَوَّلِ مِنْهَا. وَلَهُ أَنَّهُ مَتَىٰ تَمَّ الأَوَّلُ بِالْأَيَّامِ ابْتَدَأَ الثَّانِيَ بِالْأَيَّامِ ضَرُورَةً وَهَكَذَا إلَىٰ آخِرِ السَّنَةِ، وَنَظِيرُهُ العِدَّةُ وَقَدْ مَرَّ فِي الطَّلَاقِ.

قَالَ: (وَيَجُوزُ أَخْذُ أُجْرَةِ الحَمَّامِ وَالْحَجَّامِ) أَمَّا الحَمَّامُ فَلِتَعَارُفِ النَّاسِ

بيعض الأوقات، حتَّىٰ إنَّ الليلَ لا يصلح لذلك.

قوله: لِأَنَّهَا هِيَ الأَصْلُ، أي لأنَّ الأهلَّة أصلٌ في الشهور، قال الله تعالىٰ: ﴿يَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْأَهِلَّةِۖ قُلْ هِيَ مَوَٰقِيتُ لِلنَّاسِ وَٱلْحَجِّۗ﴾ [البقرة: ١٨٩] والأيَّام بدلٌ عن الأهلَّة، ألا ترىٰ إلىٰ قوله عليه الصلاة والسلام: «صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته، فإن غُمَّ عليكم الهلال فأكملوا عدَّة شعبان ثلاثين يومًا» وإنَّما يصار للبدل إذا تعذَّر اعتبار الأصل.

قوله: وَيَجُوزُ أَخْذُ أُجْرَةِ الحَمَّامِ وَالْحَجَّامِ، وقد كره بعض العلماء ذلك أخذًا بظاهر قوله عليه الصلاة والسلام: «الحمّام بيتُ الشَّيطانِ»، ومنهم من كره اتخاذ حمام النساء لأنَّهنَّ نُهِينَ عن الخروج وأُمِرْنَ بالقرار في البيوت واجتماعهنَّ قلَّما يخلو عن فتنةٍ، والصحيح أنه لا بأسَ باتِّخاذ الحمّام للرجال والنساء جميعًا للحاجة إليه خصوصًا في ديارنا، والحاجة في حقهنَّ أظهر لمزيد احتياجهنَّ إلى الاغتسال ولا يتمكنَّ من ذلك في الأنْهار والحياض كما يتمكَّن الرجال.

وَلَمْ تُعْتَبَرِ الجَهَالَةُ لِإِجْمَاعِ المُسْلِمِينَ. قَالَ: - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «مَا رَآهُ المُسْلِمُونَ حَسَنًا فَهُوَ عِنْدَ اللهِ حَسَنٌ» وَأَمَّا الحَجَّامُ فَلِمَا رُوِيَ «أَنَّهُ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - احْتَجَمَ وَأَعْطَى الحَجَّامَ الأُجْرَةَ» وَلِأَنَّهُ اسْتِئْجَارٌ عَلَىٰ عَمَلٍ مَعْلُومٍ بِأَجْرٍ مَعْلُومٍ فَيَقَعُ جَائِزًا.

قَالَ: (وَلَا يَجُوزُ أَخْذُ أُجْرَةِ عَسْبِ التَّيْسِ) وَهُوَ أَنْ يُؤَجِّرَ فَحْلًا لِيَنْزُوَ عَلَى الإِنَاثِ لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «إِنَّ مِنَ السُّحْتِ عَسْبَ التَّيْسِ» وَالْمُرَادُ أَخْذُ الأُجْرَةِ عَلَيْهِ.

قَالَ: (وَلَا الِاسْتِئْجَارُ عَلَى الأَذَانِ وَالْحَجِّ، وَكَذَا الإِمَامَةُ وَتَعْلِيمُ القُرْآنِ وَالفِقْهِ) وَالْأَصْلُ أَنَّ كُلَّ طَاعَةٍ يَخْتَصُّ بِهَا المُسْلِمُ لَا يَجُوزُ

قوله: وَأَعْطَى الحَجَّامَ الأُجْرَةَ، ولو كان حرامًا لم يعطه إيَّاه، لأنه كما لا يحلُّ أكل الحرام لا يحلُّ دفعه لغيره ليأكل، وقوله عليه الصلاة والسلام: «إنَّ من السُّحْت كسب الحجام» منسوخٌ بما روينا.

قوله: إنَّ مِنَ السُّحْتِ عَسْبَ التَّيْسِ، أي كراء عسب التيس، فإنه أخذ المال بمقابلة ماءٍ مهيَّن لا قيمةَ له، والعقد عليه باطلٌ لأنه يلتزم ما لا يقدر على الوفاء به وهو الإحبال، فإنَّ ذلك ليسَ في وسعه وهو يبتني علىٰ نشاط الفحل أيضًا.

قوله: وَالْأَصْلُ أَنَّ كُلَّ طَاعَةٍ يَخْتَصُّ بِهَا المُسْلِمُ، أي يختصُّ بملَّة الإسلام، أمَّا إذا لم يختص بِها فيجوز، كما إذا استأجر ذميًّا علىٰ تعليم التوراة يجوز لأنَّ تعليمها لا يختصُّ بملَّة الإسلام، كذا في الفوائد للكرماني.

الِاسْتِئْجَارُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا. وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ - رَحِمَهُ اللهُ - يَصِحُّ فِي كُلِّ مَا لَا يَتَعَيَّنُ عَلَى الأَجِيرِ؛ لِأَنَّهُ اسْتِئْجَارٌ عَلَىٰ عَمَلٍ مَعْلُومٍ غَيْرِ مُتَعَيِّنٍ عَلَيْهِ فَيَجُوزُ. وَلَنَا قَوْلُهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «اقْرَءُوا القُرْآنَ وَلَا تَأْكُلُوا بِهِ» وَفِي آخِرِ مَا عَهِدَ رَسُولُ اللهِ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - إِلَىٰ عُثْمَانَ بْنِ أَبِي العَاصِ «وَإِنِ اتُّخِذْتَ مُؤَذِّنًا فَلَا تَأْخُذْ عَلَىٰ الأَذَانِ أَجْرًا» وَلِأَنَّ القُرْبَةَ مَتَىٰ حَصَلَتْ وَقَعَتْ عَنِ العَامِلِ وَلِهٰذَا تُعْتَبَرُ أَهْلِيَّتُهُ فَلَا يَجُوزُ لَهُ أَخْذُ الأَجْرِ مِنْ غَيْرِهِ كَمَا فِي الصَّوْمِ وَالصَّلَاةِ، وَلِأَنَّ التَّعْلِيمَ مِمَّا لَا يَقْدِرُ المُعَلِّمُ عَلَيْهِ إِلَّا بِمَعْنًىٰ مِنْ قِبَلِ المُتَعَلِّمِ فَيَكُونُ مُلْتَزِمًا مَا لَا يَقْدِرُ عَلَىٰ تَسْلِيمِهِ فَلَا يَصِحُّ ....

قوله: فِي كُلِّ مَا لَا يَتَعَيَّنُ عَلَى الأَجِيرِ، هذا احترِاز عمَّا لو كان متعينًا للإمامة والإفتاء والتعليم، لأنه حينئذٍ لا يجوز استئجاره بالإجماع.

قوله: وَلِهٰذَا تُعْتَبَرُ أَهْلِيَّتُهُ، أي أهلية العامل ويعتبر نيته لا نيَّة الآمر، ولو انتقل فعل المأمور إلى الآمر يشترط نية الآمر وأهليته كما في الزكاة، فإنَّ ثمَّة يشترط نية الآمر وأهليته، حتَّىٰ لو كان المأمور كافرًا يصحُّ أداء الزكاة، لأنَّ المؤدي هو الآمر وههنا بخلافه فعلم به أنَّ المؤدَّىٰ هو المأمور.

وقوله: وَلِأَنَّ التَّعْلِيمَ مِمَّا لَا يَقْدِرُ المُعَلِّمُ عَلَيْهِ إِلَّا بِمَعْنًى مِنْ قِبَلِ المُتَعَلِّمِ فَيَكُونُ مُلْتَزِمًا مَا لَا يَقْدِرُ عَلَىٰ تَسْلِيمِهِ فَلَا يَصِحُّ، والقياس يأبىٰ جواز الاستئجار علىٰ تعليم التوارة أيضًا، إلَّا أن يكون المراد منه أنه إذا استأجر علىٰ تعليم التوراة وعلَّمها المستأجر يجبُ الأجر، بخلاف تعليم القرآن فإنه لا يجب الأجر وإن علَّمه.

وَبَعْضُ مَشَايِخِنَا اسْتَحْسَنُوا الِاسْتِئْجَارَ عَلَىٰ تَعْلِيمِ القُرْآنِ اليَوْمَ؛ لِأَنَّهُ ظَهَرَ التَّوَانِي فِي الأُمُورِ الدِّينِيَّةِ. فَفِي الِامْتِنَاعِ تَضْيِيعُ حِفْظِ القُرْآنِ وَعَلَيْهِ الفَتْوَىٰ.

قَالَ: (وَلَا يَجُوزُ الِاسْتِئْجَارُ عَلَىٰ الغِنَاءِ وَالنَّوْحِ، وَكَذَا سَائِرُ المَلَاهِي) ؛ لِأَنَّهُ اسْتِئْجَارٌ عَلَىٰ المَعْصِيَةِ وَالْمَعْصِيَةُ لَا تُسْتَحَقُّ بِالْعَقْدِ.

قَالَ: (وَلَا يَجُوزُ إِجَارَةُ المُشَاعِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - إِلَّا

قوله: وَبَعْضُ مَشَايِخِنَا اسْتَحْسَنُوا الِاسْتِئْجَارَ عَلَىٰ تَعْلِيمِ القُرْآنِ، وهم أئمَّة بلخ فإنَّهم اختاروا قول أهل المدينة وقالوا: إنَّ المتقدمين من أصحابنا بنوا هذا الجواب علىٰ ما شاهدوا في عصرهم من رغبة الناس في التعليم بطريق الحسبة ومروءة المتعلمين في مجازاة الإحسان بالإحسان من غير شرطٍ، وأمَّا في زماننا فقد انعدم المعنيان جميعًا فنقول بجواز الاستئجار كيلا يتعطَّل هذا الباب، ولا يبعدُ أن يختلف الحكم باختلاف الأوقات، ألا ترىٰ أنَّ النساء كنَّ يخرجن إلى الجماعات في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر رضي الله تعالىٰ عنه حتَّىٰ منعهنَّ من ذلك عُمرُ رضي الله تعالىٰ عنه وكان ما رآه صوابًا، وكذا يفتي بجواز الإجارة علىٰ تعليم الفقه، وقال الإمام خَيْزَاخُزِيْ رحمه الله تعالىٰ: في زماننا يجوز للإمام والمؤذن والمعلم أخذ الأجرة، كذا في الروضة.

قوله: وَالْمَعْصِيَةُ لَا تُسْتَحَقُّ بِالْعَقْدِ، لأنَّ عقد الإجارة يستحقُّ به تسليم المعقود عليه شرعًا، ولا يجوز أن يستحق على المرء شيءٌ يكون به عاصيًا شرعًا كيلا تصير المعصية مضافةً إلى الشرع.

قوله: وَلَا يَجُوزُ إِجَارَةُ المُشَاعِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ، أي فيما يحتمل

مِنَ الشَّرِيكِ، وَقَالَا: إِجَارَةُ الْمُشَاعِ جَائِزَةٌ) وَصُورَتُهُ أَنْ يُؤَاجِرَ نَصِيبًا مِنْ دَارِهِ أَوْ نَصِيبَهُ مِنْ دَارٍ مُشْتَرَكَةٍ مِنْ غَيْرِ الشَّرِيكِ. لَهُمَا أَنَّ لِلْمُشَاعِ مَنْفَعَةً وَلِهَذَا يَجِبُ أَجْرُ الْمِثْلِ، وَالتَّسْلِيمُ مُمْكِنٌ بِالتَّخْلِيَةِ أَوْ بِالتَّهَايُئِ فَصَارَ كَمَا إِذَا آجَرَ مِنْ شَرِيكِهِ أَوْ مِنْ رَجُلَيْنِ وَصَارَ كَالْبَيْعِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ آجَرَ مَا لَا يَقْدِرُ عَلَىٰ تَسْلِيمِهِ فَلَا يَجُوزُ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ تَسْلِيمَ الْمُشَاعِ وَحْدَهُ لَا يُتَصَوَّرُ، وَالتَّخْلِيَةُ اُعْتُبِرَتْ تَسْلِيمًا لِوُقُوعِهِ تَمْكِينًا وَهُوَ الْفِعْلُ الَّذِي يَحْصُلُ بِهِ التَّمَكُّنُ وَلَا تَمَكُّنَ

القسمة، وما لا يحتملُ صورته أن يؤاجر نصيبًا من داره أو نصيبه من دار مشتركةٍ من غير الشريك، أو يؤاجر نصف عبده أو داره أو دابته.

قوله: وَقَالَا: إِجَارَةُ الْمُشَاعِ جَائِزَةٌ، وفي المغني: الفتوىٰ في إجارة المشاع علىٰ قولهما.

قوله: وَلِهَذَا يَجِبُ أَجْرُ الْمِثْلِ، أي عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ في المشاع، فهذا دليلٌ علىٰ أنَّ للمشاع منفعةٌ إذ لو لم يكن له منفعةٌ لَمَا وجبَ شيءٌ، كما إذا استأجر جحشًا أو أرضًا سبخةً.

قوله: وَهَذَا لِأَنَّ تَسْلِيمَ الْمُشَاعِ وَحْدَهُ لَا يُتَصَوَّرُ، لأنَّ التسليمَ إنَّما يتمُّ بالقبض والقبض أمرٌ حسيٌّ وهو لا يرد إلَّا على المعيَّن والمشاع غير معيَّنٌ.

قوله: وَالتَّخْلِيَةُ اُعْتُبِرَتْ تَسْلِيمًا لِوُقُوعِهِ تَمْكِينًا، جوابٌ عن قولهما، والتسليمُ ممكنٌ بالتخلية وهو أنَّ التخلية اعتبرت تسليمًا إذا كان تمكينًا من الانتفاع، وإنَّما يكون تمكينًا إذا حصل بِها التمكُّن والتمكُّن لا يحصل به فلم يعتبر فعله تمكينًا، بخلاف البيع

فِي الْمُشَاعِ، بِخِلَافِ الْبَيْعِ لِحُصُولِ التَّمَكُّنِ فِيهِ، وَأَمَّا التَّهَايُؤُ فَإِنَّمَا يَسْتَحِقُّ حُكْمًا لِلْعَقْدِ بِوَاسِطَةِ الْمِلْكِ، وَحُكْمُ الْعَقْدِ يَعْقُبُهُ وَالْقُدْرَةُ عَلَى التَّسْلِيمِ شَرْطُ الْعَقْدِ وَشَرْطُ الشَّيْءِ يَسْبِقُهُ، وَلَا يُعْتَبَرُ الْمُتَرَاخِي سَابِقًا، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا آجَرَ مِنْ شَرِيكِهِ فَالْكُلُّ يَحْدُثُ عَلَىٰ مِلْكِهِ فَلَا شُيُوعَ، وَالِاخْتِلَافُ فِي النِّسْبَةِ لَا يَضُرُّهُ، ....

لحصول التمكُّن ثمَّة من البيع والإعتاق وغير ذلك.

قوله: وَأَمَّا التَّهَايُؤُ فَإِنَّمَا يَسْتَحِقُّ حُكْمًا لِلْعَقْدِ، لأنَّ التهايؤ إنَّما يستحقُّ حكمًا لملك المنفعة، وملك المنفعة حكم عقد الإجارة، وكونه مقدور التسليم شرط العقد، وشرط الشيء يسبقه، وحكم الشيء يعقبه أو يقارنه، فلا يصلح شرط جواز العقد، لئلا ينقلب الحكم شرطًا، وهذا لأنه لا وجود للحكم إلَّا بصحَّة العقد، ولا صحَّة للعقد إلَّا به من حيث هو شرطًا، فلا يصحُّ أبدًا.

قوله: مَا إِذَا آجَرَ مِنْ شَرِيكِهِ فَالْكُلُّ يَحْدُثُ عَلَىٰ مِلْكِهِ فَلَا شُيُوعَ، لأنَّ المقصود من الاستئجار الانتفاعُ والمنفعة هي المعقود عليها، واستيفاء المعقود عليه على الوجه الذي استحقه بالعقد يتأتَّىٰ ههنا لأنه يسكن جميع الدار فكان مستوفيًا منفعة نصيبه بملكه ومنفعة المستأجر بحكم الإجارة والاختلافُ في النسبة لا يضرُّه وهو نظير بيع الآبق ممَّن في يده يجوز لكون التسليم مقدورًا عليه، وهذا بخلاف الرهن لأنَّ بالشيوع هناكَ ينعدم المعقود عليه وهو الحبس الدائم إذ لا تصوُّر له، وفي هذا الشريك والأجنبيُّ سواءٌ، فأمَّا هنا بالشيوع لا ينعدم المعقود عليه وهو المنفعة بل إنَّما يتعذَّر التسليم وذلك لا يوجد في حقِّ الشريك، وبخلاف الهبة فالشيوع فيما يحتمل القسمة يمنع تمام القبض الذي يقع به الملك، والهبة من الشريك وغيره في ذلك سواءٌ.

عَلَىٰ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ فِي رِوَايَةِ الحَسَنِ عَنْهُ، وَبِخِلَافِ الشُّيُوعِ الطَّارِئِ؛ لِأَنَّ القُدْرَةَ عَلَىٰ التَّسْلِيمِ لَيْسَتْ بِشَرْطٍ لِلْبَقَاءِ، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا آجَرَ مِنْ رَجُلَيْنِ؛ لِأَنَّ التَّسْلِيمَ يَقَعُ جُمْلَةً ثُمَّ الشُّيُوعُ بِتَفَرُّقِ المِلْكِ فِيمَا بَيْنَهُمَا طَارِئٌ.

قوله: عَلَىٰ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ فِي رِوَايَةِ الحَسَنِ عَنْهُ، فجعله كالرهن علىٰ هذه الرواية لأنَّ استيفاء المنفعة التي يتناولها العقد لا يتأتَّىٰ إلَّا بغيرها وهو منفعة نصيبه، وذلك مفسدٌ لعقد الإجارة، كمن استأجر أحد زوجي المقراض لمنفعة قرض الثياب لا يجوز، لأنَّ استيفاء المعقود عليه ممَّا لم يتناوله العقد لا يمكن إلَّا بما لم يتناوله العقد.

قوله: وَبِخِلَافِ الشُّيُوعِ الطَّارِئِ، بأن آجرَ رجلٌ من رجلين ثمَّ مات أحد المستأجرين أو آجر رجلان من رجل ثمَّ مات أحد المؤاجرين فإنه تبقى الإجارة في نصيب الآخر شائعًا، وهذا هو ظاهر الرواية، فإن مات أحد المستأجرين حتَّىٰ بطل العقد في نصيبه فعن أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ أنه يفسد العقد في حقِّ الآخر، لأنَّ الإجارة يتجدَّد انعقادها بحسب ما يحدث من المنفعة، فكان هذا في معنى شيوعٍ يقترن بالعقد، وفي ظاهر الرواية يبقى العقد في حقِّ الآخر لأنَّ تجدُّد الانعقاد في حقِّ المعقود عليه، فأمَّا أصل العقد فمنعقدٌ لازمٌ في الحال، وباعتبار هذا المعنى الشيوع الطارئ والطارئ من الشيوع ليس نظير المقارن، كما في الهبة إذا وهب له جميع الدار وسلمها ثمَّ رجع في نصفها، وبخلاف ما إذا آجر من رجلين فإنَّ تسليم المعقود عليه كما أوْجَبه العقد مقدورٌ عليه للمؤاجر ثمَّ المهايأة بعد ذلك تكون بين المستأجرين بحكم ملكهما، وهو نظير الرهن من رجلين فهو جائزٌ لوجود المعقود عليه، وإنَّما وجب أجر المثل إذا سكن لأنَّ الفساد للعجز عن التسليم فلا يمنع الانعقاد على الفساد، كما إذا باعَ عبدًا آبقًا بألف درهم فإنَّ العقد ينعقد على الفساد حتى إذا قبض الألفَ ملكها بحكم العقد الفاسد.

قَالَ: (وَيَجُوزُ اسْتِئْجَارُ الظِّئْرِ بِأُجْرَةٍ مَعْلُومَةٍ) لِقَوْلِهِ تَعَالَىٰ: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦] وَلِأَنَّ التَّعَامُلَ بِهِ كَانَ جَارِيًا عَلَىٰ عَهْدِ رَسُولِ اللهِ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - وَقَبْلَهُ وَأَقَرَّهُمْ عَلَيْهِ. ثُمَّ قِيلَ: إِنَّ العَقْدَ يَقَعُ عَلَىٰ المَنَافِعِ وَهِيَ خِدْمَتُهَا لِلصَّبِيِّ وَالْقِيَامُ بِهِ وَاللَّبَنُ يُسْتَحَقُّ عَلَىٰ طَرِيقِ التَّبَعِ بِمَنْزِلَةِ الصَّبْغِ فِي الثَّوْبِ. وَقِيلَ إِنَّ العَقْدَ يَقَعُ عَلَى اللَّبَنِ، وَالْخِدْمَةُ تَابِعَةٌ، وَلِهٰذَا لَوْ أَرْضَعَتْهُ بِلَبَنِ شَاةٍ لَا تَسْتَحِقُّ الأَجْرَ. وَالْأَوَّلُ أَقْرَبُ إِلَى الفِقْهِ؛ لِأَنَّ عَقْدَ الإِجَارَةِ لَا يَنْعَقِدُ عَلَىٰ إِتْلَافِ الأَعْيَانِ مَقْصُودًا، كَمَا إِذَا اسْتَأْجَرَ بَقَرَةً؛ لِيَشْرَبَ لَبَنَهَا. وَسَنُبَيِّنُ العُذْرَ عَنِ الإِرْضَاعِ بِلَبَنِ الشَّاةِ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَىٰ. وَإِذَا ثَبَتَ مَا ذَكَرْنَا يَصِحُّ إِذَا كَانَتِ الأُجْرَةُ مَعْلُومَةً اعْتِبَارًا بِالِاسْتِئْجَارِ عَلَىٰ الخِدْمَةِ.

قَالَ: (وَيَجُوزُ بِطَعَامِهَا وَكِسْوَتِهَا اسْتِحْسَانًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَقَالَا: لَا يَجُوزُ) ؛ لِأَنَّ الأُجْرَةَ مَجْهُولَةٌ ....

قوله: وَيَجُوزُ اسْتِئْجَارُ الظِّئْرِ بِأُجْرَةٍ مَعْلُومَةٍ، لقوله تعالىٰ: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ والمراد بعد الطلاق، وقوله تعالىٰ: ﴿وَإِن تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُۥٓ أُخْرَىٰ ۝٦﴾ [الطلاق: ٦]، ثمَّ قيل إنَّ العقد يقع على المنافع وهو اختيار صاحب الذخيرة، والإيضاح، وصاحب الهداية كما ترىٰ.

قوله: وَالْأَوَّلُ أَقْرَبُ إِلَى الفِقْهِ، وقيل: إنَّ العقد على اللبن والخدمة تابعةٌ، وهو اختيار الإمام المحقق شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالىٰ.

فَصَارَ كَمَا إِذَا اسْتَأْجَرَهَا لِلْخَبْزِ وَالطَّبْخِ. وَلَهُ أَنَّ الجَهَالَةَ لَا تُفْضِي إِلَى المُنَازَعَةِ؛ لِأَنَّ فِي العَادَةِ التَّوْسِعَةَ عَلَى الأَظْآرِ شَفَقَةٌ عَلَى الأَوْلَادِ فَصَارَ كَبَيْعِ قَفِيزٍ مِنْ صُبْرَةٍ، بِخِلَافِ الخَبْزِ وَالطَّبْخِ؛ لِأَنَّ الجَهَالَةَ فِيهِ تُفْضِي إِلَى المُنَازَعَةِ (وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: فَإِنْ سَمَّىٰ الطَّعَامَ دَرَاهِمَ وَوَصَفَ جِنْسَ الكِسْوَةِ وَأَجَلَهَا وَذَرْعَهَا فَهُوَ جَائِزٌ) يَعْنِي بِالْإِجْمَاعِ. وَمَعْنَىٰ تَسْمِيَةِ الطَّعَامِ دَرَاهِمَ أَنْ يَجْعَلَ الأُجْرَةَ دَرَاهِمَ ثُمَّ يَدْفَعُ الطَّعَامَ مَكَانَهُ، وَهٰذَا لَا جَهَالَةَ فِيهِ (وَلَوْ سَمَّىٰ الطَّعَامَ وَبَيَّنَ قَدْرَهُ جَازَ أَيْضًا) لِمَا قُلْنَا، وَلَا يُشْتَرَطُ تَأْجِيلُهُ؛ لِأَنَّ أَوْصَافَهَا أَثْمَانٌ. (وَيُشْتَرَطُ بَيَانُ مَكَانِ الإِيفَاءِ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - خِلَافًا لَهُمَا، وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ فِي البُيُوعِ (وَفِي الكِسْوَةِ يُشْتَرَطُ بَيَانُ الأَجَلِ أَيْضًا مَعَ بَيَانِ القَدْرِ وَالْجِنْسِ) ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَصِيرُ دَيْنًا فِي الذِّمَّةِ إِذَا صَارَ مَبِيعًا، وَإِنَّمَا يَصِيرُ مَبِيعًا عِنْدَ الأَجَلِ كَمَا فِي السَّلَمِ.

قَالَ: (وَلَيْسَ لِلْمُسْتَأْجِرِ أَنْ يَمْنَعَ زَوْجَهَا مِنْ وَطْئِهَا) ؛ لِأَنَّ الوَطْءَ حَقُّ

قوله: فَصَارَ كَمَا إِذَا اسْتَأْجَرَهَا لِلْخَبْزِ وَالطَّبْخِ، أي بطعامها وكسوتها.

قوله: وَلَا يُشْتَرَطُ تَأْجِيلُهُ؛ لِأَنَّ أَوْصَافَهَا أَثْمَانٌ، يعني أنَّ المكيلَ والموزونَ إذا كان موصوفًا غير مشارٍ يثبت دينًا في الذمة، والدَّين تارةً يصير مؤجلًا وتارة معجلًا كالدَّراهم والدنانير، بخلاف الثوب فإنه لا يثبت دينًا في الذمة إلَّا في السلم، ويشترطُ بيان الأجل في السلم فكذا إذا استأجرها بثيابٍ موصوفةٍ.

الزَّوْجِ فَلَا يَتَمَكَّنُ مِنْ إِبْطَالِ حَقِّهِ؛ أَلَا تَرَىٰ أَنَّ لَهُ أَنْ يَفْسَخَ الإِجَارَةَ إِذَا لَمْ يَعْلَمْ بِهِ صِيَانَةً لِحَقِّهِ، إِلَّا أَنَّ المُسْتَأْجِرَ يَمْنَعُهُ عَنْ غِشْيَانِهَا فِي مَنْزِلِهِ؛ لِأَنَّ المَنْزِلَ حَقُّهُ (فَإِنْ حَبِلَتْ كَانَ لَهُمْ أَنْ يَفْسَخُوا الإِجَارَةَ إِذَا خَافُوا عَلَى الصَّبِيِّ مِنْ لَبَنِهَا) ؛ لِأَنَّ لَبَنَ الحَامِلِ يُفْسِدُ الصَّبِيَّ وَلِهٰذَا كَانَ لَهُمُ الفَسْخُ إِذَا مَرِضَتْ أَيْضًا (وَعَلَيْهَا أَنْ تُصْلِحَ طَعَامَ الصَّبِيِّ)؛ لِأَنَّ العَمَلَ عَلَيْهَا. وَالْحَاصِلُ أَنَّهُ يُعْتَبَرُ فِيمَا لَا نَصَّ عَلَيْهِ العُرْفُ فِي مِثْلِ هٰذَا البَابِ، فَمَا جَرَىٰ بِهِ العُرْفُ مِنْ غَسْلِ ثِيَابِ الصَّبِيِّ وَإِصْلَاحِ الطَّعَامِ وَغَيْرِ ذٰلِكَ فَهُوَ عَلَى الظِّئْرِ أَمَّا الطَّعَامُ فَعَلَىٰ وَالِدِ الوَلَدِ، وَمَا ذَكَرَ مُحَمَّدٌ أَنَّ الدُّهْنَ وَالرَّيْحَانَ عَلَى الظِّئْرِ فَذٰلِكَ مِنْ عَادَةِ أَهْلِ الكُوفَةِ. (وَإِنْ أَرْضَعَتْهُ فِي المُدَّةِ بِلَبَنِ شَاةٍ فَلَا أَجْرَ لَهَا) ؛ لِأَنَّهَا لَمْ تَأْتِ بِعَمَلٍ مُسْتَحَقٍّ عَلَيْهَا، وَهُوَ الإِرْضَاعُ، فَإِنَّ هٰذَا إِيجَارٌ وَلَيْسَ بِإِرْضَاعٍ، وَإِنَّمَا لَمْ يَجِبِ الأَجْرُ لِهٰذَا المَعْنَىٰ أَنَّهُ اخْتَلَفَ العَمَلُ.

قَالَ: (وَمَنْ دَفَعَ إِلَىٰ حَائِكٍ غَزْلًا لِيَنْسِجَهُ بِالنِّصْفِ فَلَهُ أَجْرُ مِثْلِهِ. وَكَذَا

قوله: لِأَنَّهَا لَمْ تَأْتِ بِعَمَلٍ مُسْتَحَقٍّ عَلَيْهَا، وَهُوَ الإِرْضَاعُ، يعني لا باعتبار أنَّ المعقود عليه العينُ، بدليل أنَّ الصبي لو أُوْجَر بلبن الظئر في المدَّة لا تستحقُّ الأجرَ، فعلم أنَّ المستحق هو الإرضاع والعمل لا العين، كذا في الأوضح، وإذا دفعت الظئر الصبيَّ إلى خادمتها حتَّىٰ أرضعته فلها الأجر كاملًا استحسانًا، لأنَّها لم يشترط عليها بثديها، فهو نظير من استأجر قصارًا ليقصر له ثوبًا، أو خياطًا ليخيط له ثوبًا، ولم يشترط عليه العملَ بنفسه فعملَ بغيره فإنه يستحق الأجرَ كذا هنا، بخلاف ما إذا شرط عليها الإرضاع بنفسها.

إِذَا اسْتَأْجَرَ حِمَارًا يَحْمِلُ طَعَامًا بِقَفِيزٍ مِنْهُ فَالْإِجَارَةُ فَاسِدَةٌ) ؛ لِأَنَّهُ جَعَلَ الْأَجْرَ بَعْضَ مَا يَخْرُجُ مِنْ عَمَلِهِ فَيَصِيرُ فِي مَعْنَىٰ قَفِيزِ الطَّحَّانِ، وَقَدْ نَهَى النَّبِيُّ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - عَنْهُ، وَهُوَ أَنْ يَسْتَأْجِرَ ثَوْرًا لِيَطْحَنَ لَهُ حِنْطَةً بِقَفِيزٍ مِنْ دَقِيقِهِ. وَهٰذَا أَصْلٌ كَبِيرٌ يُعْرَفُ بِهِ فَسَادُ كَثِيرٍ مِنَ الإِجَارَاتِ، لَا سِيَّمَا فِي دِيَارِنَا، وَالْمَعْنَىٰ فِيهِ أَنَّ الْمُسْتَأْجِرَ عَاجِزٌ عَنْ تَسْلِيمِ الأَجْرِ وَهُوَ بَعْضُ المَنْسُوجِ أَوْ المَحْمُولِ. إِذْ حُصُولُهُ بِفِعْلِ الأَجِيرِ فَلَا يُعَدُّ هُوَ قَادِرًا بِقُدْرَةِ غَيْرِهِ، وَهٰذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا اسْتَأْجَرَهُ لِيَحْمِلَ نِصْفَ طَعَامِهِ بِالنِّصْفِ الآخَرِ حَيْثُ لَا يَجِبُ لَهُ الأَجْرُ؛ لِأَنَّ المُسْتَأْجِرَ مَلَكَ الأَجِيرَ فِي الحَالِ بِالتَّعْجِيلِ فَصَارَ مُشْتَرَكًا بَيْنَهُمَا.

(وَمَنِ اسْتَأْجَرَ رَجُلًا لِحَمْلِ طَعَامٍ مُشْتَرَكٍ بَيْنَهُمَا لَا يَجِبُ الأَجْرُ) لِأَنَّ مَا مِنْ جُزْءٍ يَحْمِلُهُ إِلَّا وَهُوَ عَامِلٌ لِنَفْسِهِ فِيهِ فَلَا يَتَحَقَّقُ تَسْلِيمُ المَعْقُودِ عَلَيْهِ. (وَلَا يُجَاوِزُ بِالْأَجْرِ قَفِيزًا) ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا فَسَدَتِ الإِجَارَةُ فَالْوَاجِبُ

قوله: فَلَا يُعَدُّ هُوَ قَادِرًا بِقُدْرَةِ غَيْرِهِ، ومعنًى آخر، وهو أنَّ الأجر إمَّا أن يلزمه في الذمة، أو في عينٍ موجودٍ وهو ما التزمه في الذمة، ودقيقُ تلك الحنطة غير موجودٍ وقت العقد، ولأنَّ محل العمل لو كان مشتركًا ابتداءً وانتهاءً لا تنعقد الإجارة ولا يجب الأجر إجماعًا، كما إذا استأجره ليطحن حنطةً مشتركةً، أو يحمل طعامًا مشتركًا بينهما، وهنا محلُّ العمل يكون مشتركًا في الانتهاء دون الابتداء، فيجبُ أن ينعقد بوصف الفساد، عملًا بالشبهين.

قوله: وَلَا يُجَاوِزُ بِالْأَجْرِ قَفِيزًا، أي فيما إذا استأجر حمارًا ليحمل طعامًا بقفيزٍ منه،

الأَقَلُّ مَا سَمَّىٰ وَمِنْ أَجْرِ المِثْلِ؛ لِأَنَّهُ رَضِيَ بِحَطِّ الزِّيَادَةِ، وَهٰذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا اشْتَرَكَا فِي الِاحْتِطَابِ حَيْثُ يَجِبُ الأَجْرُ بَالِغًا مَا بَلَغَ عِنْدَ مُحَمَّدٍ؛ لِأَنَّ المُسَمَّىٰ هُنَاكَ غَيْرُ مَعْلُومٍ فَلَمْ يَصِحَّ الحَطُّ.

قَالَ: (وَمَنِ اسْتَأْجَرَ رَجُلًا لِيَخْبِزَ لَهُ هٰذِهِ العَشَرَةَ المَخَاتِيمَ مِنَ الدَّقِيقِ اليَوْمَ بِدِرْهَمٍ فَهُوَ فَاسِدٌ، وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ فِي الإِجَارَاتِ: هُوَ جَائِزٌ) ؛ لِأَنَّهُ يَجْعَلُ المَعْقُودَ عَلَيْهِ عَمَلًا وَيَجْعَلُ ذِكْرَ الوَقْتِ لِلِاسْتِعْجَالِ تَصْحِيحًا لِلْعَقْدِ فَتَرْتَفِعُ الجَهَالَةُ. وَلَهُ أَنَّ المَعْقُودَ عَلَيْهِ مَجْهُولٌ لِأَنَّ ذِكْرَ الوَقْتِ يُوجِبُ كَوْنَ

وفيما هو في معنى قفيز الطحان لا يجاوز بالأجر المسمَّىٰ.

قوله: المَخَاتِيمَ، جمع مختوم وهو الصاعُ بعينه.

قوله: وَلَهُ أَنَّ المَعْقُودَ عَلَيْهِ مَجْهُولٌ، وجهالة المعقود عليه تفسد العقد، وهذا لأنَّ ذكر الوقت يدلُّ علىٰ أنَّ المعقود عليه المنفعةُ، إذ الوقت يختصُّ بتقدير المنفعة، وذكر العمل يدلُّ علىٰ أنَّ المعقود عليه العملُ، والجمعُ بينهما غير ممكنٍ لأنَّ العمل متىٰ صار معقودًا عليه لم يجب الأجر إلَّا بالعمل، ومتىٰ صار المعقود عليه المنفعة يجب الأجر بتسليم النفس، وأغْرَاض الناس في ذلك مختلفةٌ فلا يتعيَّنُ أحدهما معقودًا عليه لوجود التعارض وعدم الترجيح، إذ مقصود المستأجر العملُ لأنَّ نفعه فيه، ومقصود الأجير الوقتُ لأنَّ نفعه فيه، لأنه يستحقُّ الأجرَ بالتسليم وإن لم يعمل، وجهالة المعقود عليه تمنعُ جواز العقد للإفضاء إلى المنازعة، فإنه إذا فرغَ من العمل قبل مضي اليوم فللمستأجر أن يقول: منافعك في بقية المدَّة حقي باعتبار تسمية الوقت وأنا أستعملك، وإذا لم يفرغ

الْمَنْفَعَةِ مَعْقُودًا عَلَيْهَا وَذِكْرَ العَمَلِ يُوجِبُ كَوْنَهُ مَعْقُودًا عَلَيْهِ وَلَا تَرْجِيحَ، وَنَفْعُ المُسْتَأْجِرِ فِي الثَّانِي وَنَفْعُ الأَجِيرِ فِي الأَوَّلِ فَيُفْضِي إِلَىٰ المُنَازَعَةِ. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ يَصِحُّ الإِجَارَةُ إِذَا قَالَ: فِي اليَوْمِ، وَقَدْ سَمَّىٰ عَمَلًا؛ لِأَنَّهُ لِلظَّرْفِ فَكَانَ المَعْقُودُ عَلَيْهِ العَمَلَ، بِخِلَافِ قَوْلِهِ اليَوْمَ وَقَدْ مَرَّ مِثْلُهُ فِي الطَّلَاقِ.

من العمل إلى الليل فللأجير أن يقول عند مضي اليوم: قد انتهى العقد بانتهاء المدَّة، وقيل: الضابطُ للفرق بين ما كان ذكر الوقت للاستعجال وبين ما كان ذكره لبيان الوقت في أجير الوحد هو أن يقال: إنَّما يفسد العقدَ بالجمع بين الوقت والعمل إذا ذكرهما قبل ذكر الأجرة، أمَّا إذا ذكر أحدهما وذكر الأجر معه حتَّىٰ تمَّ العقد ثمَّ ذكر الباقي منهما لا يفسد العقد، حتى لو قال: استأجرتكَ اليوم بدرهم علىٰ أن تخبز لي هذا القفيزَ من الدقيق جاز العقد، أمَّا لو قال: استأجرتكَ لتخبز لي هذا القفيز من الدقيق اليوم بدرهم، أو قال: استأجرتكَ اليوم لتخبز لي هذا الدقيق بدرهم فالعقد هنا يفسد، وإنَّما كان كذلك لأنَّ في الوجه الأول لمَّا تمَّ العقدُ بذكر أحد الشيئين: إمَّا المدَّة وإمَّا العمل مضمومًا إلىٰ ذكر الأجرة كان ذكر الباقي بعده إمَّا لتعيين العمل أو للتعجيل فلم يفسد العقد، وأمَّا في الوجه الثاني فلأنه لمَّا جمع بين العمل والمدَّة قبل تمام العقد بذكر الأجرة صلحَ كل واحد منهما مقابلًا بالأجر، وليسَ أحدهما بأوْلىٰ من الآخر، وعن أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ أنه تصحُّ الإجارة إذا قال في اليوم وقد سمَّىٰ عملًا، لأنه للظرف والظرفُ لا يقتضي استيعاب المظروف، فلا يكون ذلك إعلامًا للمنفعة، فلا تصلح المنفعةَ معقودًا عليها حينئذٍ فيصيرُ العملَ هو المعقود عليه.

قوله: وَقَدْ مَرَّ مِثْلُهُ فِي الطَّلَاقِ، أي في فصل إضافة الطلاق إلى الزمان في مسئلة أنتِ

قَالَ: (وَمَنِ اسْتَأْجَرَ أَرْضًا عَلَىٰ أَنْ يَكْرُبَهَا وَيَزْرَعَهَا أَوْ يَسْقِيَهَا وَيَزْرَعَهَا فَهُوَ جَائِزٌ) ؛ لِأَنَّ الزِّرَاعَةَ مُسْتَحَقَّةٌ بِالْعَقْدِ، وَلَا تَتَأَتَّىٰ الزِّرَاعَةُ إِلَّا بِالسَّقْيِ وَالْكِرَابِ. فَكَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُسْتَحَقًّا. وَكُلُّ شَرْطٍ هٰذِهِ صِفَتُهُ يَكُونُ مِنْ مُقْتَضَيَاتِ العَقْدِ فَذِكْرُهُ لَا يُوجِبُ الفَسَادَ (فَإِنِ اشْتَرَطَ أَنْ يُثَنِّيَهَا أَوْ يُكْرِيَ أَنْهَارَهَا أَوْ يُسَرْقِنَهَا فَهُوَ فَاسِدٌ) ؛ لِأَنَّهُ يَبْقَىٰ أَثَرُهُ بَعْدَ انْقِضَاءِ المُدَّةِ، وَأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ مُقْتَضَيَاتِ العَقْدِ، وَفِيهِ مَنْفَعَةٌ لِأَحَدِ المُتَعَاقِدَيْنِ. وَمَا هٰذَا حَالُهُ يُوجِبُ الفَسَادَ؛ لِأَنَّ مُؤَجِّرَ الأَرْضِ يَصِيرُ مُسْتَأْجِرًا مَنَافِعَ الأَجِيرِ عَلَىٰ وَجْهٍ يَبْقَىٰ بَعْدَ المُدَّةِ فَيَصِيرُ صَفْقَتَانِ فِي صَفْقَةٍ وَاحِدَةٍ وَهِيَ مَنْهِيٌّ عَنْهُ. ثُمَّ قِيلَ: المُرَادُ بِالتَّثْنِيَةِ أَنْ يَرُدَّهَا مَكْرُوبَةً وَلَا شُبْهَةَ فِي فَسَادِهِ. وَقِيلَ أَنْ يُكْرِيَهَا مَرَّتَيْنِ، وَهٰذَا فِي مَوْضِعٍ تُخْرِجُ الأَرْضُ الرِّيعَ بِالْكِرَابِ مَرَّةً وَاحِدَةً وَالْمُدَّةُ سَنَةٌ وَاحِدَةٌ، وَإِنْ كَانَتْ ثَلَاثَ سِنِينَ لَا تَبْقَىٰ مَنْفَعَتُهُ، وَلَيْسَ المُرَادُ بِكْرِي الأَنْهَارِ الجَدَاوِلَ بَلِ المُرَادُ مِنْهَا

طالقٌ في غدٍ وقال نويتُ آخر النهار.

قوله: وَهٰذَا فِي مَوْضِعٍ تُخْرِجُ الأَرْضُ الرِّيعَ بِالْكِرَابِ مَرَّةً وَاحِدَةً وَالْمُدَّةُ سَنَةٌ وَاحِدَةٌ، قيَّد بهذين القيدين لأنه لو كانت الأرض في بلدةٍ تحتاج إلىٰ تكرار الكراب لتخرج الريع لا يكون هذا الشرط مفسدًا للعقد، لأنه يكون من مقتضيات العقد حينئذٍ، وكذا لو كانت المدَّة ثلاث سنين بحيث لا يبقىٰ منفعته لا يفسد العقد.

قوله: بَلِ المُرَادُ مِنْهَا الأَنْهَارُ العِظَامُ هُوَ الصَّحِيحُ، احترازٌ عن قول من قال بأنَّ

الأَنْهَارُ العِظَامُ هُوَ الصَّحِيحُ؛ لِأَنَّهُ تَبْقَىٰ مَنْفَعَتُهُ فِي العَامِ القَابِلِ.

قَالَ: (وَإِنِ اسْتَأْجَرَهَا لِيَزْرَعَهَا بِزِرَاعَةِ أَرْضٍ أُخْرَىٰ فَلَا خَيْرَ فِيهِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: هُوَ جَائِزٌ، وَعَلَىٰ هٰذَا إِجَارَةُ السُّكْنَىٰ بِالسُّكْنَىٰ وَاللُّبْسِ بِاللُّبْسِ وَالرُّكُوبِ بِالرُّكُوبِ. لَهُ أَنَّ المَنَافِعَ بِمَنْزِلَةِ الأَعْيَانِ حَتَّىٰ جَازَتِ الإِجَارَةُ بِأُجْرَةٍ دَيْنٍ وَلَا يَصِيرُ دَيْنًا بِدَيْنٍ، وَلَنَا أَنَّ الجِنْسَ بِانْفِرَادِهِ يُحَرِّمُ النَّسَاءَ عِنْدَنَا فَصَارَ كَبَيْعِ القُوهِيِّ بِالْقُوهِيِّ نَسِيئَةً وَإِلَىٰ هٰذَا أَشَارَ مُحَمَّدٌ، وَلِأَنَّ الإِجَارَةَ جُوِّزَتْ بِخِلَافِ القِيَاسِ لِلْحَاجَةِ

المراد منها الجداول.

قوله: لِأَنَّهُ تَبْقَىٰ مَنْفَعَتُهُ فِي العَامِ القَابِلِ، هذا دليل الفساد في شرط كري الأنْهار العظام.

قوله: فَلَا خَيْرَ فِيهِ، أي لا يجوز أصلًا.

قوله: وَإِلَىٰ هٰذَا أَشَارَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ، رُوِيَ أنَّ ابن سماعةَ كتب إلىٰ محمد لِمَ لا يجوز إجارة سكنىٰ دارٍ بسكنىٰ دارٍ؟ فقال محمد: إنَّك أطلتَ الفكرة ولزمتك الحيرةَ وجالست الحِنَّائي وكانت منك زلَّةٌ، أما علمتَ أنَّ مبادلة السكنىٰ بالسكنىٰ كبيع القوهي بالقوهي نَساءً؟ والحِنَّائي اسم محدث ينكر الخوض على ابن سماعة في هذه المسائل، وكان يقول: لا برهانَ لكم عليها، فقال محمدٌ لابن سماعة: كانت مجالستكَ إيَّاه زلةً، يقال ثوبٌ قوهيٌّ منسوب إلىٰ قوهستان كورة من كور فارس، والمعنىٰ فيه أنَّ المعقود عليه ما يحدث من المنفعة وذلك غير موجودٌ في الحال، فإذا اتَّحد الجنس كان كمبادلة الشيء بجنسه نسيئةً، والجنسُ بانفراده يحرم النَّساء عندنا، بخلاف ما إذا اختلف الجنس لأنَّ

وَلَا حَاجَةَ عِنْدَ اتِّحَادِ الجِنْسِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا اخْتَلَفَ جِنْسُ المَنْفَعَةِ.

قَالَ: (وَإِذَا كَانَ الطَّعَامُ بَيْنَ رَجُلَيْنِ فَاسْتَأْجَرَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ أَوْ حِمَارَ صَاحِبِهِ عَلَىٰ أَنْ يَحْمِلَ نَصِيبَهُ فَحَمَلَ الطَّعَامَ كُلَّهُ فَلَا أَجْرَ لَهُ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَهُ المُسَمَّىٰ؛ لِأَنَّ المَنْفَعَةَ عَيْنٌ عِنْدَهُ وَبَيْعُ العَيْنِ شَائِعًا جَائِزٌ، وَصَارَ كَمَا إِذَا اسْتَأْجَرَ دَارًا مُشْتَرَكَةً بَيْنَهُ وَبَيْنَ غَيْرِهِ لِيَضَعَ فِيهَا الطَّعَامَ أَوْ عَبْدًا مُشْتَرَكًا لِيَخِيطَ لَهُ الثِّيَابَ، وَلَنَا أَنَّهُ اسْتَأْجَرَهُ لِعَمَلٍ لَا وُجُودَ لَهُ؛ لِأَنَّ الحَمْلَ فِعْلٌ حِسِّيٌّ لَا يُتَصَوَّرُ فِي الشَّائِعِ، بِخِلَافِ البَيْعِ؛ لِأَنَّهُ تَصَرُّفٌ حُكْمِيٌّ، وَإِذَا لَمْ يُتَصَوَّرْ تَسْلِيمُ المَعْقُودِ عَلَيْهِ لَا يَجِبُ

النَّساء في الجنس المختلف ليس بحرامٍ، كما لو أسلم قوهيًّا في مرويٍّ، فإن قيل: إنَّما حرَّم بيع الشيء بجنسه نسيئةً عندكم باعتبار أنَّ النقد خيرٌ من النسيئة وهنا لا فضلَ لأحدهما على الآخر والقبض في البدلين علىٰ نمطٍ واحدٍ؟ قلنا: نعم! إلَّا أنَّ النصَّ إذا علَّل تعلق الحكم في الفرع بالعلَّة، فأمَّا في الأصل إنَّما يتعلق بعين النص فلا يعتبر العلَّة في المنصوص، والحرمة فيما إذا لم يكن يدًا بيدٍ منصوصٌ فلا يعتبر فيه المعنىٰ.

قوله: وَلَا حَاجَةَ عِنْدَ اتِّحَادِ الجِنْسِ، يعني إنَّا إنَّما جوَّزنا الإجارةَ، بخلاف القياس لمساس الحاجة إليه، والحاجة لا تمسُّ عند اتحاد الجنس وإنَّما تمسُّ عند اختلاف الجنس والكمال من باب الفضول والإجارة ما شرعت لابتغاء الفضول، فإن قيل: عند اختلاف النوع إن لم يفسد لهذا المعنىٰ يفسد لمعنًى آخر وهو أنَّ بيع الدين بالدين حرامٌ باطلٌ، قلنا: الذي لم يصحبه الباء هو المعقود عليه وأقيمَ المحلُّ مقام المنفعة وهو معين فيصير الأجر بمنزلة الثمن فلا يكون غير العين بغير العين بل يكون عينًا بدينٍ، وذلك جائزٌ.

الأَجْرُ، وَلِأَنَّ مَا مِنْ جُزْءٍ يَحْمِلُهُ إِلَّا وَهُوَ شَرِيكٌ فِيهِ فَيَكُونُ عَامِلًا لِنَفْسِهِ فَلَا يَتَحَقَّقُ التَّسْلِيمُ، بِخِلَافِ الدَّارِ المُشْتَرَكَةِ؛ لِأَنَّ المَعْقُودَ عَلَيْهِ هُنَالِكَ المَنَافِعُ وَيَتَحَقَّقُ تَسْلِيمُهَا بِدُونِ وَضْعِ الطَّعَامِ، وَبِخِلَافِ العَبْدِ؛ لِأَنَّ المَعْقُودَ عَلَيْهِ إِنَّمَا هُوَ مِلْكُ نَصِيبِ صَاحِبِهِ وَأَنَّهُ أَمْرٌ حُكْمِيٌّ يُمْكِنُ إِيقَاعُهُ فِي الشَّائِعِ. (وَمَنِ اسْتَأْجَرَ أَرْضًا وَلَمْ يَذْكُرْ أَنَّهُ يَزْرَعُهَا أَوْ أَيَّ شَيْءٍ يَزْرَعُهَا فَالْإِجَارَةُ فَاسِدَةٌ) ؛ لِأَنَّ الأَرْضَ تُسْتَأْجَرُ لِلزِّرَاعَةِ وَلِغَيْرِهَا، وَكَذَا مَا يُزْرَعُ فِيهَا مُخْتَلِفٌ، فَمِنْهُ مَا يَضُرُّ بِالْأَرْضِ مَا لَا يَضُرُّ بِهَا غَيْرُهُ، فَلَمْ يَكُنِ المَعْقُودُ عَلَيْهِ مَعْلُومًا. (فَإِنْ زَرَعَهَا وَمَضَى الأَجَلُ فَلَهُ المُسَمَّىٰ) وَهٰذَا اسْتِحْسَانٌ. وَفِي القِيَاسِ: لَا يَجُوزُ وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ؛ لِأَنَّهُ وَقَعَ فَاسِدًا فَلَا يَنْقَلِبُ جَائِزًا. وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ الجَهَالَةَ ارْتَفَعَتْ قَبْلَ تَمَامِ العَقْدِ فَيَنْقَلِبُ جَائِزًا، كَمَا إِذَا ارْتَفَعَتْ

قوله: فَيَكُونُ عَامِلًا ... فَلَا يَتَحَقَّقُ التَّسْلِيمُ، لأنَّ كونه عاملًا لنفسه يمنعُ تسليم عمله إلى الغير وبدون التسليم لا يجبُ الأجر، غاية الأمر أنه عاملٌ للغير أيضًا لكن جعله عاملًا لنفسه أوْلىٰ، لأنَّ الأصل أنَّ الإنسان يعملُ لنفسه مع ما فيه من تمليك المنافع المعدومة، ولأنه لو كان عاملًا لنفسه لا يجبُ الأجر، ولو كان عاملًا للغير فلا يجبُ بالشكِّ، ولا يقال: المحمول لمَّا كان مشتركًا وجب أن يقع الحمل مشتركًا، لأنَّ وقوع الحمل مشتركًا محالٌ، لأنه عرضٌ وهو لا يتجزَّأ.

قوله: وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ الجَهَالَةَ ارْتَفَعَتْ قَبْلَ تَمَامِ العَقْدِ فَيَنْقَلِبُ جَائِزًا، فإن قيل: ارتفعت الجهالة بمجرَّد الزراعة، لكن لم يرتفع ما هو الموجب للفساد وهو احتمال

فِي حَالَةِ العَقْدِ، وَصَارَ كَمَا إِذَا أَسْقَطَ الأَجَلَ المَجْهُولَ قَبْلَ مُضِيِّهِ وَالْخِيَارَ الزَّائِدَ فِي المُدَّةِ.

(وَمَنِ اسْتَأْجَرَ حِمَارًا إِلَىٰ بَغْدَادَ بِدِرْهَمٍ وَلَمْ يُسَمِّ مَا يَحْمِلُ عَلَيْهِ فَحَمَلَ مَا يَحْمِلُ النَّاسُ فَنَفَقَ فِي نِصْفِ الطَّرِيقِ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ) ؛ لِأَنَّ العَيْنَ المُسْتَأْجَرَةَ أَمَانَةٌ فِي يَدِ المُسْتَأْجِرِ، وَإِنْ كَانَتِ الأُجْرَةُ فَاسِدَةً (فَإِنْ بَلَغَ بَغْدَادَ فَلَهُ الأَجْرُ المُسَمَّىٰ اسْتِحْسَانًا) عَلَىٰ مَا ذَكَرْنَا فِي المَسْأَلَةِ

أن يزرع ما يضرُّ بالأرض، لأنه إن زرعها جاز أن يكون ما زرعها مُضرًّا بالأرض فيقع بينهما المنازعة بسبب ذلك، لأنَّ الموجب للفساد في ابتداء العقد كان احتمال ذلك علىٰ ما ذُكر، ولا ينفرد أحدهما بالتعيين، ثمَّ الاستعمال تعيين أحدهما فلا يصحُّ ذلك، قلنا: الأصل إجازة العقد عند انتفاء المانع، لأنَّ عقود الإنسان تصحُّ بقدر الإمكان، والمانعُ الذي فسد باعتباره توقع المنازعة بينهما في تعيين المعقود عليه، وعند استيفاء أحد النوعين يزول هذا التوقع ويجوز هذا العقد، ولهذا قلنا بالجواز عند انتفاء هذا التوقع.

قوله: وَصَارَ كَمَا إِذَا أَسْقَطَ الأَجَلَ المَجْهُولَ قَبْلَ مُضِيِّهِ وَالْخِيَارَ الزَّائِدَ فِي المُدَّةِ، جعل هاتين المسئلتين مقيسًا عليهما، وزفرُ رحمه الله تعالىٰ لا يقولُ بالانقلاب إلى الجواز فيهما، لأنه لمَّا أقيمت الحجَّة وظهر بطلان قول زفر فيهما بالفساد فبعد إسقاطه صارتا بمنزلة المجمع عليهما، ويحتمل أن يكون هذا من قبيل ردِّ المختلف إلى المختلف لزيادة الإيضاح، ومثله كثيرٌ.

قوله: لِأَنَّ العَيْنَ المُسْتَأْجَرَةَ أَمَانَةٌ فِي يَدِ المُسْتَأْجِرِ، وَإِنْ كَانَتِ الأُجْرَةُ فَاسِدَةً، والأمانة لا تضمن إلَّا بالتعدِّي، وحمل ما يحمل عليه الناس ليس من التعدي.

قوله: فَإِنْ بَلَغَ بَغْدَادَ فَلَهُ الأَجْرُ المُسَمَّىٰ اسْتِحْسَانًا، عَلَىٰ مَا ذَكَرْنَا، أي في

الأُولَىٰ (وَإِنِ اخْتَصَمَا قَبْلَ أَنْ يَحْمِلَ عَلَيْهِ) وَفِي المَسْأَلَةِ الأُولَىٰ قَبْلَ أَنْ يَزْرَعَ (نُقِضَتِ الإِجَارَةُ) دَفْعًا لِلْفَسَادِ إِذِ الفَسَادُ قَائِمٌ بَعْدُ.

المسئلة الأولىٰ وهو قوله: وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ الجَهَالَةَ ارْتَفَعَتْ قَبْلَ تَمَامِ العَقْدِ فَيَنْقَلِبُ جَائِزًا، وفي القياس يجب أجر المثل لأنَّ المنافع قد استوفت بإجارة فاسدة والحكم فيها ما ذكرنا.

* * *

بَابُ ضَمَانِ الأَجِيرْ

قَالَ: (الْأُجَرَاءُ عَلَىٰ ضَرْبَيْنِ: أَجِيرٌ مُشْتَرَكٌ، وَأَجِيرٌ خَاصٌّ. فَالْمُشْتَرَكُ مَنْ لَا يَسْتَحِقُّ الأُجْرَةَ حَتَّىٰ يَعْمَلَ كَالصَّبَّاغِ وَالْقَصَّارِ) ؛ لِأَنَّ المَعْقُودَ عَلَيْهِ إِذَا كَانَ هُوَ العَمَلَ أَوْ أَثَرَهُ كَانَ لَهُ أَنْ يَعْمَلَ لِلْعَامَّةِ؛ لِأَنَّ مَنَافِعَهُ

باب ضمان الأجير

الأجير المشترك من يكون عقده واردًا علىٰ عمل هو معلومٌ ببيان محله، لأنَّ المعقود عليه في حقه الوصفُ الذي يحدث في العين بعمله، فلا يحتاج إلىٰ ذكر المدَّة كالقصار والصباغ والإسكاف وكل من يتقبَّل الأعمال من غير واحدٍ، وإنَّما افترق الأجير المشترك مع الخاص في أنَّ الأجير المشترك لا يمنعُ عليه تقبُّل مثل ذلك العمل من غيره، لأنَّ ما استحقَّه الأول من العمل في الأجير المشترك بمنزلة الدَّين في ذمته، وذلك لا يصلح مانعًا مثله من غيره، والأجير الخاص من يكون العقد واردًا علىٰ منافعه ولا تصير منافعه معلومةً إلَّا بذكر المدَّة أو المسافة ومنافعه في حكم العين، فإذا صارت مستحقةً بعقد المعاوضة لم يتمكَّن من إيجابِها لغيره، وهو نظير السلم مع بين العين، فإن المسلم فيه لمَّا كان دينًا في الذمة لا يتعذَّر عليه قبول السلم من غيره، والبيع كان يلاقي العين فبعدَ ما باعه من إنسانٍ لا يتمكَّن من بيعه لغيره.

قوله: لِأَنَّ المَعْقُودَ عَلَيْهِ إِذَا كَانَ هُوَ العَمَلَ، يعني إذا شرطَ أن يعمل هو بنفسه، وقوله: أَوْ أَثَرَهُ، إذا لم يشترط أن يعمل هو بنفسه.

لَمْ تَصِرْ مُسْتَحَقَّةً لِوَاحِدٍ، فَمِنْ هٰذَا الوَجْهِ يُسَمَّىٰ مُشْتَرَكًا.

قَالَ: (وَالْمَتَاعُ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ إِنْ هَلَكَ لَمْ يَضْمَنْ شَيْئًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ، وَيَضْمَنُهُ عِنْدَهُمَا إِلَّا مِنْ شَيْءٍ غَالِبٍ كَالْحَرِيقِ الغَالِبِ وَالْعَدُوِّ المُكَابِرِ) لَهُمَا مَا رُوِيَ عَنْ عُمَرَ وَعَلِيٍّ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا - أَنَّهُمَا كَانَا يُضَمِّنَانِ الأَجِيرَ المُشْتَرَكَ؛ وَلِأَنَّ الحِفْظَ مُسْتَحَقٌّ عَلَيْهِ إِذْ لَا يُمْكِنُهُ العَمَلُ إِلَّا بِهِ، فَإِذَا هَلَكَ بِسَبَبٍ يُمْكِنُ الِاحْتِرَازُ عَنْهُ كَالْغَصْبِ وَالسَّرِقَةِ كَانَ التَّقْصِيرُ مِنْ جِهَتِهِ فَيَضْمَنُهُ كَالْوَدِيعَةِ إِذَا كَانَتْ بِأَجْرٍ، بِخِلَافِ مَا لَا يُمْكِنُ الِاحْتِرَازُ عَنْهُ كَالْمَوْتِ حَتْفَ أَنْفِهِ وَالْحَرِيقِ الغَالِبِ وَغَيْرِهِ؛ لِأَنَّهُ لَا تَقْصِيرَ مِنْ جِهَتِهِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ العَيْنَ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ؛ لِأَنَّ القَبْضَ حَصَلَ بِإِذْنِهِ، وَلِهٰذَا لَوْ هَلَكَ بِسَبَبٍ لَا يُمْكِنُ التَّحَرُّزُ عَنْهُ لَمْ يَضْمَنْهُ، وَلَوْ كَانَ مَضْمُونًا لَضَمِنَهُ كَمَا فِي المَغْصُوبِ، وَالْحِفْظُ مُسْتَحَقٌّ عَلَيْهِ تَبَعًا لَا مَقْصُودًا وَلِهٰذَا لَا يُقَابِلُهُ الأَجْرُ، بِخِلَافِ المُودَعِ بِأَجْرٍ؛ لِأَنَّ الحِفْظَ مُسْتَحَقٌّ عَلَيْهِ مَقْصُودًا حَتَّىٰ يُقَابِلَهُ الأَجْرُ.

قوله: لِأَنَّ الحِفْظَ مُسْتَحَقٌّ عَلَيْهِ، إذ لا يمكنه العملُ إلَّا به، يريدُ به أنَّ المعقود عليه الحفظ أيضًا، وعقد المعاوضة يقتضي سلامة المعقود عليه عن العيب فيكون المستحقُّ بالعقد حفظًا سليمًا عن عيبٍ بسبب الهلاك الذي لا يقعُ إلَّا لتقصيره في الحفظ، ولو بالغَ لاندفعَ، فإذا هلك بجهةٍ يمكن الاحتراز عنها كالغصب والسرقة صار

قَالَ: (وَمَا تَلِفَ بِعَمَلِهِ، فَتَخْرِيقُ الثَّوْبِ مِنْ دَقِّهِ وَزَلَقُ الحَمَّالِ وَانْقِطَاعُ الحَبْلِ الَّذِي يَشُدُّ بِهِ المُكَارِي الحِمْلَ وَغَرَقُ السَّفِينَةِ مِنْ مَدِّهِ مَضْمُونٌ عَلَيْهِ) وَقَالَ زُفَرُ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمَا اللهُ: لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ أَمَرَهُ بِالْفِعْلِ مُطْلَقًا فَيَنْتَظِمُهُ بِنَوْعَيْهِ المَعِيبِ وَالسَّلِيمِ وَصَارَ كَأَجِيرِ الوَحْدِ وَمُعِينِ القَصَّارِ. وَلَنَا أَنَّ الدَّاخِلَ تَحْتَ الإِذْنُ مَا هُوَ الدَّاخِلُ تَحْتَ

بالتقصير تاركًا ذلك الحفظ الذي ضمنه له بعقده فيضمن، كالوديعة إذا كانت بأجرٍ وصارَ مثل الدقِّ فالمستحق بالعقد دقٌّ سليمٌ عن عيب التخرُّق، فإذا تخرَّق كان ضامنًا، وهذا لأنه لا يتوصَّل إلىٰ إقامة العمل إلَّا بالحفظ، والعمل السليم مستحقٌّ عليه، وما لا يتوصَّلُ إلى المستحق إلَّا به يكون مستحقًا، إلا أنَّ ما لا يمكن التحرُّز عنه يكون عفوًا كالموت حتفَ أنفه والخرق الغالب أو غيرهما، لأنَّ الحفظَ عنه غير واجبٌ فلا يضمنُ لعدم الجناية والتقصير منه، وله أن العين أمانةٌ عنده لأنه قبض العين بإذن المالك لمنفعةٍ وهيَ إقامة العمل فيه له فلا يكون مضمونًا عليه، كالمودع وأجير الوحد، وهذا لأنَّ الضمان إنَّما يجبُ بالتعدي أو بالعقد ولم يوجد واحدٌ منهما، أمَّا التعدي فلأنه قبضٌ بإذن المالك، وأمَّا العقد فلأنه وَرَدَ على العمل لا على العين فلا يصير العين به مضمونًا، ولهذا لو هلكَ بما لا يمكن التحرُّز عنه لا يضمن، ولو كان مضمونًا لضمنه كالمغصوب، وأمَّا الحفظ فغير معقودٌ عليه لكنه وسيلةٌ إليه، ولهذا لا يقابلُ بالأجر بحالٍ، وجعل العين تابعًا للعمل قلب الحقيقة فلا يصارُ عليه إلا عن ضرورةٍ، كما في الحبس إذ لا يقدرُ علىٰ حبس أثر فعله إلا بحبس العين، بخلاف المودع بأجرٍ لأنَّ الحفظ مستحقٌّ عليه مقصودًا، إذ العقد عقد حفظٍ والأجر في مقابلة الحفظ، وعن عليّ رضي الله تعالىٰ عنه أنه كان لا يضمن القصارَ والصباغ وغير ذلك، فكانت المسئلة مختلفةً بين الصحابة فلا يجبُ تقليد البعض.

العَقْدِ وَهُوَ العَمَلُ المُصْلِحُ؛ لِأَنَّهُ هُوَ الوَسِيلَةُ إِلَىٰ الأَثَرِ وَهُوَ المَعْقُودُ عَلَيْهِ حَقِيقَةً، حَتَّىٰ لَوْ حَصَلَ بِفِعْلِ الغَيْرِ يَجِبُ الأَجْرُ فَلَمْ يَكُنِ المُفْسِدُ مَأْذُونًا فِيهِ، بِخِلَافِ المُعِينِ؛ لِأَنَّهُ مُتَبَرِّعٌ فَلَا يُمْكِنُ تَقْيِيدُهُ بِالْمُصْلِحِ؛ لِأَنَّهُ يَمْتَنِعُ عَنْ التَّبَرُّعِ، وَفِيمَا نَحْنُ فِيهِ يَعْمَلُ بِالْأَجْرِ فَأَمْكَنَ تَقْيِيدُهُ. وَبِخِلَافِ أَجِيرِ الوَحْدِ عَلَىٰ مَا نَذْكُرُهُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَىٰ وَانْقِطَاعُ الحَبْلِ مِنْ قِلَّةِ اهْتِمَامِهِ فَكَانَ مِنْ صَنِيعِهِ.

قَالَ: (إِلَّا أَنَّهُ لَا يُضَمَّنُ بِهِ بَنِي آدَمَ مِمَّنْ غَرِقَ فِي السَّفِينَةِ أَوْ سَقَطَ مِنَ الدَّابَّةِ وَإِنْ كَانَ بِسَوْقِهِ وَقَوْدِهِ) ؛ لِأَنَّ الوَاجِبَ ضَمَانُ الآدَمِيِّ. وَأَنَّهُ لَا يَجِبُ بِالْعَقْدِ. وَإِنَّمَا يَجِبُ بِالْجِنَايَةِ وَلِهَٰذَا يَجِبُ عَلَىٰ العَاقِلَةِ، وَضَمَانُ العُقُودِ لَا تَتَحَمَّلُهُ العَاقِلَةُ. قَالَ: (وَإِذَا اسْتَأْجَرَ مَنْ يَحْمِلُ لَهُ دَنًّا

قوله: وَهُوَ المَعْقُودُ عَلَيْهِ حَقِيقَةً، أي الأثر.

قوله: فَلَمْ يَكُنِ ... مَأْذُونًا فِيهِ، أي في المعيب لأنه ليسَ بوسيلةٍ إلى الأثر.

قوله: إِلَّا أَنَّهُ لَا يُضَمَّنُ بِهِ بَنِي آدَمَ مِمَّنْ غَرِقَ فِي السَّفِينَةِ أَوْ سَقَطَ مِنَ الدَّابَّةِ، قيل: إنَّما هو إذا كان ممَّن يستمسك على الدابة ويركبُ وحده، وإلا فهو كالمتاع، والصحيح أنه لا فرقَ، وكذا رواه ابن سماعةَ عن أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ في الوضع، كذا ذكره التمرتاشي رحمه الله تعالىٰ، ولا يقال: أنَّ ضمان بني آدم يجبُ بالتسبب وقد وجد، لأنَّ المسبب إنَّما يضمن إذا تعدَّىٰ، وكلامنا فيما إذا لم يوجد التعدِّي.

قوله: وَإِذَا اسْتَأْجَرَ مَنْ يَحْمِلُ لَهُ دَنًّا مِنَ الفُرَاتِ، إنَّما وضع المسئلة في الفرات لأنَّ الدِّنان تباعُ هناك، واعلم أنَّ الحمال أجير مشتركٌ بمنزلة القصار، فإن تلفَ في يده بغير

مِنَ الفُرَاتِ فَوَقَعَ فِي بَعْضِ الطَّرِيقِ فَانْكَسَرَ، فَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ قِيمَتَهُ فِي المَكَانِ الَّذِي حَمَلَهُ وَلَا أَجْرَ لَهُ، وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ قِيمَتَهُ فِي المَوْضِعِ الَّذِي انْكَسَرَ وَأَعْطَاهُ الأَجْرَ بِحِسَابِهِ) أَمَّا الضَّمَانُ فَلِمَا قُلْنَا، وَالسُّقُوطُ

فعله بأن زحمه الناس ففي وجوب الضمان عليه خلافٌ بين أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ وصاحبيه، كما في ضمان الأجير المشترك، وإن تلفَ بفعله بأن يعثرَ فانكسرت المتاع فهو ضامنٌ عندنا، خلافًا لزفر، فإنَّ التلف حصل بجناية يده، ثمَّ عندنا لصاحب المتاع الخيارُ إن شاء ضمنه قيمته محمولًا إلى الموضع الذي سقطَ وأعطاه من الأجر بحصته، وإن شاءَ ضمنه قيمته غير محمولٍ ولا أجرَ له، وهذا لأنَّ العملَ صار مسلمًا إن كان صاحبه يمشي معه فلا يشكلُ، وكذلك إن كان لا يمشي معه يصير مسلمًا باتصاله بملكه، ولم يوجد تسليم المعقود عليه بملكه فثبتَ الخيارُ لهذا، فإن قيل: كان ينبغي أن لا يخير عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ علىٰ هذا الوجه ولكن يضمنه قيمته في المكان الذي انكسرَ لأنَّ المذهب عنده أنَّ المال أمانةٌ عند الأجير المشترك، وإنَّما يضمن ما تلفَ بفعله، وإذا كان أمانةً وقت القبض وجبَ أن لا يضمن قيمته في المكان الذي حمله منه؟ قلنا: له في ذلك الضمان وجهان: أحدهما أنَّ هذا ليسَ كذلك على الإطلاق ولكن القبض يقع علىٰ وصف التوقف عنده، إن هلكَ بصنعه ظهرَ أنه كان مضمونًا عليه، وإن سلم ظهرَ أنه كان أمانةً، وهنا لمَّا هلكَ بزلقه ظهرَ أنه كان مضمونًا عليه، فجازَ أن يكون له الخيار على الوجه الذي قلنا، والوجه الثانِي هو أنه وجدَ سبب الضمان في مكان الحمل منه، لأنَّ سبب الضمان وإن كان هو الحمل الذي وقع كسرًا وفسادًا إلا أنَّ الإفساد الحاصل من عمله استندَ إلىٰ حالة العقد، لأنَّ الفساد بعمله إنَّما أَوْجَب الضمان باعتبار العقد، لأنه لولا عقد الإجارة لكان الأجير معينًا في الحمل، ولا ضمانَ على المعين فيما أعانَ، ولمَّا كان سبب وجوب الضمان العقد من حيث الاعتبار والحكم يُحال به على السبب، فلهذا كان له أن يضمنه

بِالْعِثَارِ أَوْ بِانْقِطَاعِ الحَبْلِ وَكُلُّ ذٰلِكَ مِنْ صَنِيعِهِ، وَأَمَّا الخِيَارُ فَلِأَنَّهُ إِذَا انْكَسَرَ فِي الطَّرِيقِ، وَالْحِمْلُ شَيْءٌ وَاحِدٌ تَبَيَّنَ أَنَّهُ وَقَعَ تَعَدِّيًا مِنَ الِابْتِدَاءِ مِنْ هٰذَا الوَجْهِ. وَلَهُ وَجْهٌ آخَرُ وَهُوَ أَنَّ ابْتِدَاءَ الحَمْلِ حَصَلَ بِإِذْنِهِ فَلَمْ يَكُنْ تَعَدِّيًا، وَإِنَّمَا صَارَ تَعَدِّيًا عِنْدَ الكَسْرِ فَيَمِيلُ إِلَىٰ أَيِّ الوَجْهَيْنِ شَاءَ، وَفِي الوَجْهِ الثَّانِي لَهُ الأَجْرُ بِقَدْرِ مَا اسْتَوْفَىٰ، وَفِي الوَجْهِ الْأَوَّلِ لَا أَجْرَ لَهُ؛ لِأَنَّهُ مَا اسْتَوْفَىٰ أَصْلًا.

قَالَ: (وَإِذَا فَصَدَ الفَصَّادُ أَوْ بَزَغَ البَزَّاغُ وَلَمْ يَتَجَاوَزِ المَوْضِعَ المُعْتَادَ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ فِيمَا عَطِبَ مِنْ ذٰلِكَ. وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: بَيْطَارٌ بَزَغَ دَابَّةً بِدَانِقٍ فَنَفَقَتْ أَوْ حَجَّامٌ حَجَمَ عَبْدًا بِأَمْرِ مَوْلَاهُ فَمَاتَ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ) وَفِي كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ العِبَارَتَيْنِ نَوْعُ بَيَانٍ. وَوَجْهُهُ أَنَّهُ لَا يُمْكِنُهُ التَّحَرُّزُ عَنِ السِّرَايَةِ لِأَنَّهُ يُبْتَنَىٰ عَلَىٰ قُوَّةِ الطِّبَاعِ وَضَعْفِهَا فِي تَحَمُّلِ الأَلَمِ فَلَا يُمْكِنُ التَّقْيِيدُ بِالْمُصْلِحِ مِنَ العَمَلِ، وَلَا كَذٰلِكَ دَقُّ

قيمته في المكان الذي حمله منه.

قوله: وَفِي كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ العِبَارَتَيْنِ نَوْعُ بَيَانٍ، لأنَّ رواية المختصر ناطقةٌ بعدم التجاوز ساكتةٌ عن الإذن، ورواية الجامع الصغير ناطقةٌ بالإذن ساكتةٌ عن التجاوز، فصار ما نطقَ به رواية المختصر بيانًا لِمَا سكت عنه رواية الجامع الصغير، وما نطقَ به رواية الجامع الصغير بيانًا لما سكت عنه رواية المختصر، فيستفاد بمجموع الروايتين اشتراط عدم التجاوز والإذن لعدم وجوب الضمان، حتى إذا عدم أحدهما أو كلاهما يجب الضمان.

الثَّوْبِ وَنَحْوُهُ مِمَّا قَدَّمْنَاهُ؛ لِأَنَّ قُوَّةَ الثَّوْبِ وَرِقَّتَهُ تُعْرَفُ بِالِاجْتِهَادِ فَأَمْكَنَ القَوْلُ بِالتَّقْيِيدِ.

قَالَ: (وَالْأَجِيرُ الخَاصُّ الَّذِي يَسْتَحِقُّ الأُجْرَةَ بِتَسْلِيمِ نَفْسِهِ فِي المُدَّةِ وَإِنْ لَمْ يَعْمَلْ كَمَنْ اُسْتُؤْجِرَ شَهْرًا لِلْخِدْمَةِ أَوْ لِرَعْيِ الغَنَمِ) وَإِنَّمَا سُمِّيَ أَجِيرَ وَحْدٍ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُهُ أَنْ يَعْمَلَ لِغَيْرِهِ؛ لِأَنَّ مَنَافِعَهُ فِي المُدَّةِ صَارَتْ مُسْتَحَقَّةً لَهُ وَالْأَجْرُ مُقَابَلٌ بِالْمَنَافِعِ، وَلِهَذَا يَبْقَى الأَجْرُ مُسْتَحَقًّا، وَإِنْ نُقِضَ العَمَلُ.

قوله: وَالْأَجِيرُ الخَاصُّ الَّذِي يَسْتَحِقُّ الأُجْرَةَ بِتَسْلِيمِ نَفْسِهِ فِي المُدَّةِ وَإِنْ لَمْ يَعْمَلْ، أي سلمَ نفسه ولم يعمل مع التمكن، أمَّا إذا امتنعَ من العمل ومضت المدَّة أو لم يتمكن من العمل ومضت المدَّة لم يستحق الأجرَ لأنه لم يوجد تسليم النفس.

قوله: كَمَنْ اُسْتُؤْجِرَ شَهْرًا لِلْخِدْمَةِ أَوْ لِرَعْيِ الغَنَمِ، واعلم أنه إذا استأجره ليرعىٰ غنمه بدرهمٍ شهرًا فهو أجيرٌ مشتركٌ، إلا أن يقولَ: ولا ترعَ غنم غيري فحينئذٍ يصير أجير وحد، وإن ذكر المدَّة أولًا بأن استأجره ليرعىٰ غنمه شهرًا بدرهمٍ فهو أجير وحدٍ، إلا أن يقول: وترعىٰ غنم غيري.

قوله: وَلِهَذَا يَبْقَى الأَجْرُ مُسْتَحَقًّا، وَإِنْ نُقِضَ العَمَلُ، أي ولأنه يستحقُّ الأجر بتسليم نفسه في المدَّة وإن لم يعمل، ويستحق الأجر وإن نقض العمل، بخلاف الأجير المشترك فإنه لا يستحق الأجرَ إذا نقضَ عمله قبل أن يقبض ربُّ الثوب، لأنه لم يسلم العمل إلىٰ رب الثوب، فإنه رُوِيَ عن محمدٍ رحمه الله تعالىٰ في خياطٍ خاطَ ثوب رجلٍ بأجرٍ ففتقه رجلٌ قبلَ أن يقبض ربُّ الثوب فلا أجرَ للخياط، لأنه لم يسلم العمل إلىٰ رب

قَالَ: (وَلَا ضَمَانَ عَلَى الأَجِيرِ الخَاصِّ فِيمَا تَلِفَ فِي يَدِهِ وَلَا مَا تَلِفَ مِنْ عَمَلِهِ) أَمَّا الأَوَّلُ فَلِأَنَّ العَيْنَ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ؛ لِأَنَّهُ قَبَضَ بِإِذْنِهِ، وَهٰذَا ظَاهِرٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَكَذَا عِنْدَهُمَا؛ لِأَنَّ تَضْمِينَ الأَجِيرِ المُشْتَرَكِ نَوْعُ اسْتِحْسَانٍ عِنْدَهُمَا لِصِيَانَةِ أَمْوَالِ النَّاسِ، وَالْأَجِيرُ الوَحْدُ لَا يَتَقَبَّلُ الأَعْمَالَ فَتَكُونُ السَّلَامَةُ غَالِبَةً فَيُؤْخَذُ فِيهِ القِيَاسُ، وَأَمَّا الثَّانِي فَلِأَنَّ المَنَافِعَ مَتَىٰ صَارَتْ مَمْلُوكَةً لِلْمُسْتَأْجِرِ فَإِذَا أَمَرَهُ بِالتَّصَرُّفِ فِي مِلْكِهِ صَحَّ وَيَصِيرُ نَائِبًا مَنَابَهُ فَيَصِيرُ فِعْلُهُ مَنْقُولًا إِلَيْهِ كَأَنَّهُ فَعَلَ بِنَفْسِهِ فَلِهٰذَا لَا يَضْمَنُهُ، وَاللهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

الثوب، ولا يجبر الخياط علىٰ أن يعيد العملَ لأنه لو أجبر إنَّما يجبر بحكم العقد الذي جرىٰ بينهما، وذلك العقد قد انتهىٰ بتمام العمل، وإن كان الخياطُ هوالذي فتقَ فعليه أن يعيد العملَ، وهذا لأنَّ الخياطَ لمَّا فتقَ الثوبَ فقد نقضَ عمله وصارَ كأن لم يكن، بخلاف ما إذا فتقه أجنبيٌّ لأنَّ بفتق الأجنبيِّ لا يمكن أن يجعل كأنَّ الخياط لم يعمل أصلًا.

قوله: وَلَا ضَمَانَ عَلَى الأَجِيرِ الخَاصِّ فِيمَا تَلِفَ فِي يَدِهِ - أو سرق منه أو غصب - وَلَا مَا تَلِفَ مِنْ عَمَلِهِ، بأن انكسر القدومُ في عمله، أو تخرَّق الثوب من دقِّه، هذا إذ لم يتعمَّد الفسادَ لأنه بائع منفعته والمنفعة سليمةٌ، وإنَّما الخرقُ في العمل الذي هو تسليمٌ للمنفعة، وذلك غير معقود عليه فلم يكن مضمونًا عليه، إلا إذا تعمَّد الفساد فيضمن بالتعدي كالمودع إذا تعدَّىٰ، وعلىٰ هذا أجير القصار وسائر الصناع إذا استؤجروا لم يضمنوا لمن استأجرهم، إلَّا بما تعدُّوا فيه ويضمن الأستاذ لأنَّ التلميذَ أجير وحدٍ، ولا يرجعُ الأستاذ على التلميذ بما ضمن لأنه أجيرٌ خاصٌّ، كذا في الإيضاح.

بَابُ الإجَارَةِ عَلَىٰ أحَدِ الشَّرْطَيْنِ

(وَإِذَا قَالَ لِلْخَيَّاطِ إنْ خِطْتَ هٰذَا الثَّوْبَ فَارِسِيًّا فَبِدِرْهَمٍ، وَإِنْ خِطْته رُومِيًّا فَبِدِرْهَمَيْنِ جَازَ، وَأَيَّ عَمَلٍ مِنْ هٰذَيْنِ العَمَلَيْنِ عَمِلَ اسْتَحَقَّ الأَجْرَ بِهِ) وَكَذَا إذَا قَالَ لِلصَّبَّاغِ إنْ صَبَغْتَهُ بِعُصْفُرٍ فَبِدِرْهَمٍ، وَإِنْ صَبَغْتَهُ بِزَعْفَرَانٍ فَبِدِرْهَمَيْنِ، وَكَذَا إذَا خَيَّرَهُ بَيْنَ شَيْئَيْنِ بِأَنْ قَالَ: آجَرْتُكَ هٰذِهِ الدَّارَ شَهْرًا بِخَمْسَةٍ أَوْ هٰذِهِ الدَّارَ الأُخْرَىٰ بِعَشَرَةٍ، وَكَذَا إذَا خَيَّرَهُ بَيْنَ مَسَافَتَيْنِ مُخْتَلِفَتَيْنِ بِأَنْ قَالَ: آجَرْتُكَ هٰذِهِ الدَّابَّةَ إلَى الكُوفَةِ بِكَذَا أَوْ إلَىٰ وَاسِطَ بِكَذَا، وَكَذَا إذَا خَيَّرَهُ بَيْنَ ثَلَاثَةِ أَشْيَاءَ، وَإِنْ خَيَّرَهُ بَيْنَ أَرْبَعَةِ

باب الإجارة على أحد الشرطين

قوله: وَكَذَا إذَا خَيَّرَهُ بَيْنَ ثَلَاثَةِ أَشْيَاءَ، بأن قال آجرتكَ هذه الدابة إلى الكوفة بكذا، أو إلىٰ بغداد أو إلىٰ واسط بكذا، وكذا هذا في أنواع الخياطة والصبغ والزراعة بأن قال للمزارع: إن زرعتها بغير كرابٍ فلك ربع الخارج، وإن زرعتها بكرابٍ فلكَ ثلثه، وإن زرعتها بكرابين فلك نصفه، وأيٍّ ذلك عمل فله شرطه، كذا ذكره الإمام التمرتاشي رحمه الله تعالىٰ، والمعتبَرُ في جميع ذلك البيع، فإنه إذا اشترىٰ ثوبين علىٰ أن يأخذ أيُّهما شاءَ ويكون الخيارُ للمشتري جاز، وكذا إذا خيَّره بين ثلاثة أثوابٍ ولا يجوز في الأربعة، فكذا في الإجارة، والجامعُ بينهما دفعُ الحاجة وهيَ تندفعُ بالثلاثة لاشتمالها على الجيد

أَشْيَاءَ لَمْ يَجُزْ، وَالْمُعْتَبَرُ فِي جَمِيعِ ذٰلِكَ البَيْعُ وَالْجَامِعُ دَفْعُ الحَاجَةِ، غَيْرَ أَنَّهُ لَا بُدَّ مِنِ اشْتِرَاطِ الخِيَارِ فِي البَيْعِ، وَفِي الإِجَارَةِ لَا يُشْتَرَطُ ذٰلِكَ؛ لِأَنَّ الأَجْرَ إِنَّمَا يَجِبُ بِالْعَمَلِ، وَعِنْدَ ذٰلِكَ يَصِيرُ المَعْقُودُ عَلَيْهِ مَعْلُومًا، وَفِي البَيْعِ يَجِبُ الثَّمَنُ بِنَفْسِ العَقْدِ فَتَتَحَقَّقُ الجَهَالَةُ عَلَىٰ وَجْهٍ لَا تَرْتَفِعُ المُنَازَعَةُ إِلَّا بِإِثْبَاتِ الخِيَارِ (وَلَوْ قَالَ: إِنْ خِطْتَهُ اليَوْمَ فَبِدِرْهَمٍ، وَإِنْ خِطْتَهُ غَدًا فَبِنِصْفِ دِرْهَمٍ، فَإِنْ خَاطَهُ اليَوْمَ فَلَهُ دِرْهَمٌ، وَإِنْ خَاطَهُ غَدًا فَلَهُ أَجْرُ مِثْلِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - لَا يُجَاوَزُ بِهِ نِصْفُ دِرْهَمٍ. وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: لَا يُنْقَصُ مِنْ نِصْفِ دِرْهَمٍ وَلَا يُزَادُ عَلَىٰ دِرْهَمٍ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: الشَّرْطَانِ جَائِزَانِ) قَالَ: زُفَرُ: الشَّرْطَانِ فَاسِدَانِ؛ لِأَنَّ الخِيَاطَةَ شَيْءٌ وَاحِدٌ، وَقَدْ ذُكِرَ بِمُقَابَلَتِهِ بَدَلَانِ عَلَى البَدَلِ فَيَكُونُ مَجْهُولًا، وَهٰذَا؛ لِأَنَّ ذِكْرَ اليَوْمِ لِلتَّعْجِيلِ، وَذِكْرَ الغَدِ لِلتَّرْفِيهِ فَيَجْتَمِعُ فِي كُلِّ يَوْمٍ تَسْمِيَتَانِ. وَلَهُمَا أَنَّ ذِكْرَ اليَوْمِ

والوسط والرديء، ولا حاجة إلى الأربعة لاندفاعها بما دونَها.

قوله: غَيْرَ أَنَّهُ لَا بُدَّ مِنِ اشْتِرَاطِ الخِيَارِ فِي البَيْعِ، يعني إنَّما يفارقُ عقد الإجارة البيعَ من حيث اعتبار شرط الخيار، فإنه إذا باعَ أحد العبدين لم يصح إلا بشرط الخيار، أي خيار التعيين وجوَّزوا عقد الإجارة في أحد المنفعتين من غير شرط الخيار، لأنَّ الأجرةَ لا تجبُ بالعقد وإنَّما تجبُ بالعمل، فإذا أخذَ بأحد العملين صار معلومًا.

قوله: وَهٰذَا؛ لِأَنَّ ذِكْرَ اليَوْمِ لِلتَّعْجِيلِ، وَذِكْرَ الغَدِ لِلتَّرْفِيهِ فَيَجْتَمِعُ فِي كُلِّ يَوْمٍ

لِلتَّأْقِيتِ وَذِكْرَ الغَدِ لِلتَّعْلِيقِ فَلَا يَجْتَمِعُ فِي كُلِّ يَوْمٍ تَسْمِيَتَانِ؛ وَلِأَنَّ التَّعْجِيلَ وَالتَّأْخِيرَ مَقْصُودٌ فَنَزَلَ مَنْزِلَةَ اخْتِلَافِ النَّوْعَيْنِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ

تَسْمِيَتَانِ، بيانه لو أفْرَد العقد على اليوم كان ذكر اليوم للاستعجال لا لتوقيت العقد به، حتَّىٰ لو خاطه في الغد استحقَّ الأجرة، وكذا لو أفرد العقد على الغد بأن قال: خط غدًا بنصف درهم، كان ذكر الغد للترفيه، حتى لو خاطه اليوم يستحق نصف درهمٍ فاعتبر حالة الاجتماع بحالة الانفراد فيجتمع في كل يومٍ تسميتان علىٰ سبيل البدل فيجبُ أحدهما وهيَ مجهولةٌ فيفسد، ولهما أنَّ ذكر اليوم للتوقيت وذكر الغد للتعليق، لأنَّ الغد كما يُذكر للترفيه يُذكر للإضافة والتعليق بل للإضافة حقيقةً وللترفيه مجازًا، والكلامُ للحقيقة حتى يقوم دليلُ المجاز، كيفَ وقد قامَ الدليلُ علىٰ إرادة الحقيقة هنا، فإنه لو أريدَ بذكر الغد الترفيه يفسد العقد في اليوم لاجتماع تسميتين فيه كما قاله زفر رحمه الله تعالىٰ، وكذا لو لم يحمل ذكر اليوم على التوقيت يفسد العقد في الغد لاجتماع تسميتين فكان حمل اليوم على التأقيت والعقد على التعليق إعمالًا للحقيقة وتحرِّيًا لجواز العقدين، ولا يلزمُ علىٰ هذا حمل اليوم على الاستعجال في قوله: اخبز هذه العشرة المخاتيم اليومَ بدرهمٍ، لأنَّ حمله على الاستعجال ثمَّة تحرِّيًا للجواز أيضًا، فإنه لو حملناه على التوقيت يفسد العقد، لأنه حينئذٍ يصير المعقود عليه أحد الأمرين: إمَّا تسليم النفس باعتبار الوقت أو العمل بذكر العمل، ولأنَّ التعجيل والتأخير مقصودان مختلفان فنزلَ منزلة اختلاف نوعي العمل، ولأبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ أنَّ ذكر الغد للتعليق حقيقةً، ولا يمكن حمل اليوم علىٰ حقيقته وهو التأقيت لقيام الدليل علىٰ إرادة المجاز، إذ في حمله على التأقيت فساد العقد لاجتماع العمل والوقت فحمل ذكر اليوم على التعجيل، لا يقال: أنَّ أبا حنيفة رحمه الله تعالىٰ ينبغي له أن يجعل ذكر اليوم للتأقيت هنا وإن كان فيه فساد العقد، كما في قوله: اخبز هذه العشرة المخاتيم بدرهمٍ، حيث جعل ذكر اليوم للتأقيت حتى قال

- رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ ذِكْرَ الغَدِ لِلتَّعْلِيقِ حَقِيقَةً. وَلَا يُمْكِنُ حَمْلُ اليَوْمِ عَلَىٰ التَّأْقِيتِ؛ لِأَنَّ فِيهِ فَسَادَ العَقْدِ لِاجْتِمَاعِ الوَقْتِ وَالْعَمَلِ، وَإِذَا كَانَ كَذٰلِكَ يَجْتَمِعُ فِي الغَدِ تَسْمِيَتَانِ دُونَ اليَوْمِ، فَيَصِحُّ اليَوْمُ الأَوَّلُ وَيَجِبُ المُسَمَّىٰ، وَيَفْسُدُ الثَّانِي وَيَجِبُ أَجْرُ المِثْلِ لَا يُجَاوَزُ بِهِ نِصْفُ دِرْهَمٍ؛ لِأَنَّهُ هُوَ المُسَمَّىٰ فِي اليَوْمِ الثَّانِي. وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ لَا يُزَادُ عَلَىٰ دِرْهَمٍ وَلَا يُنْقَصُ مِنْ نِصْفِ دِرْهَمٍ؛ لِأَنَّ التَّسْمِيَةَ الأُولَىٰ لَا تَنْعَدِمُ

بفساده؟ لأنا نقول: ذكر اليوم هنا للتعجيل بقرينةٍ وهيَ أنَّ مقصوده العمل بدليل التزام الأجر بمقابلة العمل في الغد، ولم توجد تلك القرينة في تلك المسئلة، ولأنَّ زيادة الأجر بسبب التعجيل والنقصان بسبب التأخير بيانٌ عنه أنَّ ذكر اليوم للاستعجال لا للتوقيت، إذ لو كان للتوقيت لما زاد الأجر للتعجيل، ولو كان ذكر الغد للترفيه لَمَا نقص عن الأجر فيه، فصار ذكر الغد للإضافة واليوم للتعجيل، والمضاف إلى الغد لا يثبت في اليوم فلم يجتمع في اليوم تسميتان، والمضافُ إلى اليوم بقي إلى الغد فيجتمع فيه تسميتان، وما قالاه أنه حمل اليوم على التوقيت هنا لتصحَّ الإجارة في الغد، فأجابَ أبو حنيفةَ رحمه الله تعالىٰ أنه متىٰ حمل على التأقيت يفسد في اليوم، لأنه حينئذٍ يصير المعقود عليه مجهولًا، وجواز العقد إنَّما يثبتُ بدلالة الحال إذا لم يكن المفسد منصوصًا، والتأقيت مع ذكر العمل منصوصٌ عليه وهو مفسدٌ ولا اعتبارَ للدلالة مع النصِّ المفسد، وفي حالة اجتماع العقدين تركنا اعتبار ذكر اليوم الموجب للفساد لقرينة زائدةٍ علىٰ ما مرَّ.

قوله: وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ لَا يُزَادُ عَلَىٰ دِرْهَمٍ وَلَا يُنْقَصُ مِنْ نِصْفِ دِرْهَمٍ، وهذا يدلُّ علىٰ أنه قد يزاد علىٰ نصف درهمٍ، ورُويَ عن أبي يوسف وعن أبي حنيفة رحمهما الله تعالىٰ أنه لا يزاد علىٰ نصف درهم وينقص عن نصف درهمٍ، فحصلَ عن أبي حنيفة

فِي الْيَوْمِ الثَّانِي فَتُعْتَبَرُ لِمَنْعِ الزِّيَادَةِ وَتُعْتَبَرُ التَّسْمِيَةُ الثَّانِيَةُ لِمَنْعِ النُّقْصَانِ، فَإِنْ خَاطَهُ فِي الْيَوْمِ الثَّالِثِ لَا يُجَاوَزُ بِهِ نِصْفُ دِرْهَمٍ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - هُوَ الصَّحِيحُ؛ لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَرْضَ بِالتَّأْخِيرِ إِلَىٰ الْغَدِ فَبِالزِّيَادَةِ عَلَيْهِ إِلَىٰ مَا بَعْدَ الْغَدِ أَوْلَىٰ.

(وَلَوْ قَالَ: إِنْ سَكَنْتَ فِي هٰذَا الدُّكَّانِ عَطَّارًا فَبِدِرْهَمٍ فِي الشَّهْرِ، وَإِنْ سَكَنْتَهُ حَدَّادًا فَبِدِرْهَمَيْنِ جَازَ، وَأَيَّ الْأَمْرَيْنِ فَعَلَ اسْتَحَقَّ الْأَجْرَ الْمُسَمَّىٰ فِيهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -. وَقَالَا: الْإِجَارَةُ فَاسِدَةٌ، وَكَذَا إِذَا اسْتَأْجَرَ بَيْتًا عَلَىٰ أَنَّهُ إِنْ سَكَنَ فِيهِ عَطَّارًا فَبِدِرْهَمٍ، وَإِنْ سَكَنَ فِيهِ حَدَّادًا فَبِدِرْهَمَيْنِ فَهُوَ جَائِزٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَقَالَا: لَا يَجُوزُ). (وَمَنِ اسْتَأْجَرَ دَابَّةً إِلَىٰ الْحِيرَةِ بِدِرْهَمٍ وَإِنْ جَاوَزَ بِهَا إِلَىٰ

رحمه الله تعالىٰ روايتان، وجه هذه الرواية أنَّ الواجب في الإجارة الفاسدة أجر المثل لا يزاد على المسمَّىٰ، والمسمَّىٰ في اليوم الثاني نصف درهمٍ، فأمَّا الدرهم فهو مسمًّى في اليوم الأول، ولا يقال: أن التسمية الأولىٰ باقيةٌ في اليوم الثاني لأنَّ اعتبار المصرح أوْلىٰ من غيره والمصرح نصف درهم لا الدرهم، وجه ظاهر الرواية أنه اجتمع في الغد تسميتان فتعتبر التسمية الأولىٰ لمنع الزيادة عليها وتعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان عنها عملًا بالتسميتين، وهذا أوْلىٰ من الترجيح بالمصرح، فإن خاطه في اليوم الثالث فالصحيح أنه لا يجاوز به نصف درهمٍ عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، لأنه إذا لم يرضَ بتأخيره إلى الغد بأكثرَ من نصف درهم فإلىٰ ما بعد الغد أوْلىٰ، والصحيح عندهما أنه ينقصُ من نصف درهمٍ ولا يُزاد عليه.

القَادِسِيَّةِ فَبِدِرْهَمَيْنِ فَهُوَ جَائِزٌ)، وَيُحْتَمَلُ الخِلَافُ، (وَإِنِ اسْتَأْجَرَهَا إِلَىٰ الحِيرَةِ عَلَىٰ أَنَّهُ إِنْ حَمَلَ عَلَيْهَا كُرَّ شَعِيرٍ فَبِنِصْفِ دِرْهَمٍ، وَإِنْ حَمَلَ عَلَيْهَا كُرَّ حِنْطَةٍ فَبِدِرْهَمٍ فَهُوَ جَائِزٌ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -. وَقَالَا: لَا يَجُوزُ) وَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّ المَعْقُودَ عَلَيْهِ مَجْهُولٌ، وَكَذَا الأَجْرُ أَحَدُ الشَّيْئَيْنِ، وَهُوَ مَجْهُولٌ وَالْجَهَالَةُ تُوجِبُ الفَسَادَ، بِخِلَافِ الخِيَاطَةِ الرُّومِيَّةِ وَالْفَارِسِيَّةِ؛ لِأَنَّ الأَجْرَ يَجِبُ بِالْعَمَلِ وَعِنْدَهُ تَرْتَفِعُ الجَهَالَةُ. أَمَّا فِي هٰذِهِ المَسَائِلِ يَجِبُ الأَجْرُ بِالتَّخْلِيَةِ وَالتَّسْلِيمِ فَتَبْقَىٰ الجَهَالَةُ، وَهٰذَا الحَرْفُ هُوَ الأَصْلُ عِنْدَهُمَا. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ خَيَّرَهُ بَيْنَ عَقْدَيْنِ صَحِيحَيْنِ مُخْتَلِفِينَ فَيَصِحُّ كَمَا فِي مَسْأَلَةِ الرُّومِيَّةِ وَالفَارِسِيَّةِ، وَهٰذَا؛ لِأَنَّ سُكْنَاهُ بِنَفْسِهِ يُخَالِفُ إِسْكَانَهُ الحَدَّادَ؛ أَلَا تَرَىٰ أَنَّهُ لَا يَدْخُلُ ذٰلِكَ فِي مُطْلَقِ العَقْدِ وَكَذَا فِي أَخَوَاتِهَا،

قوله: فَهُوَ جَائِزٌ، وَيُحْتَمَلُ الخِلَافُ، ذكر محمد رحمه الله تعالىٰ هذه المسئلةَ ولم يحكَ فيها خلافًا، فاحتملَ أن يكون هذا قول الكلِّ، واحتمل أن يكون هذا قول أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ خاصةً، كما في نظائرها من المسائل.

قوله: وَهٰذَا الحَرْفُ هُوَ الأَصْلُ عِنْدَهُمَا، أي الأصل عندهما أنَّ الأجر متىٰ وجبَ بالتسليم من غير عملٍ ولا يدرى عند التسليم أيُّهما يجب يفسد العقد.

قوله: وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ أَنَّهُ خَيَّرَهُ بَيْنَ عَقْدَيْنِ صَحِيحَيْنِ مُخْتَلِفِينَ، فوجبَ القولُ بصحته كما في الفارسية والرومية، وهذا لأن السكنىٰ وعمل الحداد مختلفان، وكل واحد منهما عند الانفراد صحيحٌ، فكذا عند الجمع.

وَالْإِجَارَةُ تُعْقَدُ لِلانْتِفَاعِ وَعِنْدَهُ تَرْتَفِعُ الجَهَالَةُ، وَلَوْ أُحْتِيجَ إِلَى الإِيجَابِ بِمُجَرَّدِ التَّسْلِيمِ يَجِبُ أَقَلُّ الأَجْرَيْنِ لِلتَّيَقُّنِ بِهِ.

قوله: وَالْإِجَارَةُ تُعْقَدُ لِلانْتِفَاعِ وَعِنْدَهُ تَرْتَفِعُ الجَهَالَةُ، جوابٌ عن قولهما: يجب الأجر بالتخلية والتسليم فتبقى الجهالة، وهو أنَّ الغالب في الإجارة الانتفاع لأنَّها مشروعةٌ للحاجة فالظاهر أن لا يخلو عن الانتفاع، وإذا جاز الانتفاعُ زالت الجهالة، والتمكُّن من غير انتفاع ليس بأصلٍ بل هو من العوارض، والاحتراز عن العوارض غير واجبٍ، ولو تحقق ترك الانتفاع واحتيج إلىٰ إيجاب الأجر بالتمكُّن يجب المتيقن وهو المقابل بأدنى العملين إذ الفضل لا يجبُ بالشكِّ، وقيل يجب الأقل ويتنصف الفضل، وقيل يتنصف كل واحد منها فلا تتمكن الجهالةَ بكل حالٍ فصار الأصل عنده أنَّ العقد إذا اشتملَ علىٰ شيءٍ معلومٍ ببدلٍ معلومٍ وضمَّ إليه الزيادة بزيادةٍ في البدل فإنَّ العقدَ يقع على الأصل المعلوم والفضل يتعلق باعتبار الفضل في المعقود عليه، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

❊ ❊ ❊

بَابُ إِجَارَةِ العَبْدِ

قَالَ: (وَمَنِ اسْتَأْجَرَ عَبْدًا لِلْخِدْمَةِ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُسَافِرَ بِهِ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ ذٰلِكَ) ؛ لِأَنَّ خِدْمَةَ السَّفَرِ اشْتَمَلَتْ عَلَىٰ زِيَادَةِ مَشَقَّةٍ فَلَا يَنْتَظِمُهَا الإِطْلَاقُ، وَلِهٰذَا جُعِلَ السَّفَرُ عُذْرًا فَلَا بُدَّ مِن اشْتِرَاطِهِ كَإِسْكَانِ الحَدَّادِ وَالْقَصَّارِ فِي الدَّارِ، وَلِأَنَّ التَّفَاوُتَ بَيْنَ الخِدْمَتَيْنِ ظَاهِرٌ، فَإِذَا تَعَيَّنَ الخِدْمَةُ فِي الحَضَرِ لَا يَبْقَىٰ غَيْرُهُ دَاخِلًا كَمَا فِي الرُّكُوبِ (وَمَنِ اسْتَأْجَرَ عَبْدًا مَحْجُورًا عَلَيْهِ شَهْرًا وَأَعْطَاهُ الأَجْرَ فَلَيْسَ لِلْمُسْتَأْجِرِ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهُ الأَجْرَ) وَأَصْلُهُ أَنَّ الإِجَارَةَ صَحِيحَةٌ اسْتِحْسَانًا إِذَا فَرَغَ

باب إجارة العبد

قوله: وَلِهٰذَا جُعِلَ السَّفَرُ عُذْرًا، يعني إذا استأجر غلامًا ليخدمه في المصر وأراد المستأجر أن يسافرَ فهو عذرٌ في فسخ الإجارة، لأنه لا يتمكّنُ من المسافرة بالعبد لما ذكرنا، ولو منع من السفر يتضرَّر المستأجر فلهذا جعل عذرًا.

قوله: كَمَا فِي الرُّكُوبِ، يعني إذا أطْلَق الركوبَ فإذا تعيَّن ركوبه لا يكون له ولاية إركاب غيره، وكذا في العكس، فإن قيل: هوَ في ملك منافعه نزلَ منزلة المولىٰ في منافع عبده وللمولىٰ أن يسافرَ بعبده فلِماذا لا يكونُ له أن يسافرَ به؟ قلنا: إنَّما يسافر المولىٰ بعبده لأنه يملك رقبته وهو لا يملك رقبته.

مِنَ العَمَلِ. وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَجُوزَ لِانْعِدَامِ إِذْنِ المَوْلَىٰ وَقِيَامِ الحَجْرِ فَصَارَ كَمَا إِذَا هَلَكَ العَبْدُ. وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ التَّصَرُّفَ نَافِعٌ عَلَىٰ اعْتِبَارِ الفَرَاغِ سَالِمًا ضَارٌّ عَلَىٰ اعْتِبَارِ هَلَاكِ العَبْدِ، وَالنَّافِعُ مَأْذُونٌ فِيهِ كَقَبُولِ الهِبَةِ، وَإِذَا جَازَ ذٰلِكَ لَمْ يَكُنْ لِلْمُسْتَأْجِرِ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهُ. (وَمَنْ غَصَبَ عَبْدًا فَآجَرَ العَبْدُ نَفْسَهُ فَأَخَذَ الغَاصِبُ الأَجْرَ فَأَكَلَهُ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَالَا: هُوَ ضَامِنٌ) ؛ لِأَنَّهُ أَكَلَ مَالَ

قوله: فَصَارَ كَمَا إِذَا هَلَكَ العَبْدُ، أي في ذلك العمل فإنه يجبُ على المستأجر قيمته ولا أجرَ عليه فيما عمل، لأنَّ المستأجر صار غاصبًا له باستعماله فيضمنُ قيمته عند الهلاك، وإذا ضمنَ قيمته صار مالكًا له من وقت الاستعمال فيصير مستوفيًا منفعة عبد نفسه فلا يجبُ عليه الأجر، فإن قيل: يشكلُ هذا بما إذا دفع الأرض إلىٰ عبدٍ محجورٍ عليه مزارعةً ليزرعها العبدُ ببذره فهلكَ العبد في عمل الزراعة فإنه لا يضمنُ؟ قلنا: إنَّ البذر لمَّا كان من العبد يصير العبد مستأجرًا للأرض ولا يصيرُ صاحب الأرض غاصبًا للعبد، لأنَّ من كان البذرُ من قبله يكون مستأجرًا، حتَّىٰ لو كان البذرُ من قبل صاحب الأرض وهلكَ العبد في عمل الزراعة يضمن صاحب الأرض، والجوابُ في الصبي المحجور كذلك، والمعنىٰ أنه فيه أمينٌ إذ لا ضمانَ فيه، كذا في الفوائد الظهيرية، وفي الذخيرة: إذا هلكَ المحجورُ من العمل في هذه الصورة فإن كان المحجورُ صبيًّا فعلىٰ عاقلة المستأجر ديته وعليه الأجر فيما عملَ قبل الهلاك، وإن كان المحجورُ عبدًا فعلى المستأجر قيمته ولا أجرَ عليه فيما عمل له العبد لِمَا ذكرنا.

قوله: وَمَنْ غَصَبَ عَبْدًا فَآجَرَ العَبْدُ نَفْسَهُ، قيَّد بإجارة العبد نفسه لأنه لو آجر الغاصب العبدَ كان الأجر له لا للمالك، ولا ضمانَ عليه بالاتفاق.

الْمَالِكِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ، إِذِ الإِجَارَةُ قَدْ صَحَّتْ عَلَىٰ مَا مَرَّ. وَلَهُ أَنَّ الضَّمَانَ إِنَّمَا يَجِبُ بِإِتْلَافِ مَالٍ مُحْرَزٍ؛ لِأَنَّ التَّقَوُّمَ بِهِ، وَهٰذَا غَيْرُ مُحْرَزٍ فِي حَقِّ الغَاصِبِ؛ لِأَنَّ العَبْدَ لَا يُحْرِزُ نَفْسَهُ عَنْهُ فَكَيْفَ يُحْرِزُ مَا فِي يَدِهِ. (وَإِنْ وَجَدَ الْمَوْلَىٰ الأَجْرَ قَائِمًا بِعَيْنِهِ أَخَذَهُ) ؛ لِأَنَّهُ وَجَدَ عَيْنَ مَالِهِ (وَيَجُوزُ قَبْضُ العَبْدِ الأَجْرَ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا) ؛ لِأَنَّهُ مَأْذُونٌ لَهُ فِي التَّصَرُّفِ عَلَىٰ اعْتِبَارِ الفَرَاغِ عَلَىٰ مَا مَرَّ.

قوله: لِأَنَّ التَّقَوُّمَ بِهِ، أي بالإحراز.

قوله: وَهٰذَا غَيْرُ مُحْرَزٍ، لأنَّ الإحراز إنَّما يثبت بيدٍ حافظةٍ كيد المالك أو بيد نائبه، ويد المالك لم يثبت عليه ويد العبد ليست يد المولىٰ، لأنَّ العبد في يد الغاصب حتَّىٰ كان مضمونًا عليه ولا يحرز نفسه عن الغاصب فكيفَ يكون محرزًا ما في يده، فإن قيل: يشكلُ هذا بولد المغصوبة لو استهلكه الغاصب يضمنه وإن لم يكن محرزًا في حقِّ الغاصب؟ قلنا: الولدُ متقوِّم لحصوله من المتقوم، بخلاف الأجرة فإنَّها حصلت من منافع العبد وهيَ غير متقومة فكذا ما حصلَ منها.

قوله: فِي حَقِّ الغَاصِبِ، أي غير محرز للمولىٰ في حقِّ الغاصب ولكنه محرزٌ للمولىٰ في حقِّ غير الغاصب، حتى لو استهلكَ الكسب غير الغاصب في يد العبد يضمن.

قوله: وَيَجُوزُ قَبْضُ العَبْدِ الأَجْرَ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا، وفائدته تظهرُ في حقِّ خروج المستأجر عن عهدة الأجرة لأنه عاقدٌ، وأمَّا إذا آجره المولىٰ فليس للعبد أن يقبض الأجرة إلا بوكالةٍ عن المولىٰ، لأنَّ القبضَ من حقوق العبد فيثبت للعاقد.

قوله: عَلَىٰ مَا مَرَّ، إشارة إلىٰ قوله: وَالنَّافِعُ مَأْذُونٌ فِيهِ كَقَبُولِ الهِبَةِ.

(وَمَنِ اسْتَأْجَرَ عَبْدًا هٰذَيْنِ الشَّهْرَيْنِ شَهْرًا بِأَرْبَعَةٍ وَشَهْرًا بِخَمْسَةٍ فَهُوَ جَائِزٌ، وَالْأَوَّلُ مِنْهُمَا بِأَرْبَعَةٍ) ؛ لِأَنَّ الشَّهْرَ الْمَذْكُورَ أَوَّلًا يَنْصَرِفُ إِلَىٰ مَا يَلِي الْعَقْدَ تَحَرِّيًا لِلْجَوَازِ أَوْ نَظَرًا إِلَىٰ تَنَجُّزِ الْحَاجَةِ فَيَنْصَرِفُ الثَّانِي إِلَىٰ مَا يَلِي الْأَوَّلَ ضَرُورَةً. (وَمَنِ اسْتَأْجَرَ عَبْدًا شَهْرًا بِدِرْهَمٍ فَقَبَضَهُ فِي أَوَّلِ الشَّهْرِ ثُمَّ جَاءَ آخِرُ الشَّهْرِ، وَهُوَ آبِقٌ أَوْ مَرِيضٌ فَقَالَ الْمُسْتَأْجِرُ أَبَقَ أَوْ مَرِضَ حِينَ أَخَذْتَهُ وَقَالَ الْمَوْلَىٰ لَمْ يَكُنْ ذٰلِكَ إِلَّا قَبْلَ أَنْ تَأْتِيَنِي بِسَاعَةٍ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُسْتَأْجِرِ، وَإِنْ جَاءَ بِهِ، وَهُوَ صَحِيحٌ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُؤَجِّرِ) ؛ لِأَنَّهُمَا اخْتَلَفَا فِي أَمْرٍ مُحْتَمَلٍ

قوله: وَمَنِ اسْتَأْجَرَ عَبْدًا هٰذَيْنِ الشَّهْرَيْنِ، وفي عامة الكتب: استأجر عبدًا لشهرين شهرًا بكذا وشهرًا بكذا بدون اسم الإشارة، وقوله: تحرِّيًا للجواز وتنجيزًا للحاجة لا يطابقه وضعُ المسئلة في المعين، ويحتملُ أن يحمل قوله: هٰذَيْنِ، علىٰ ما إذا قال الآجر: آجرتُ منكَ هذا العبد شهرين شهرًا بأربعةٍ وشهرًا بخمسةٍ فقال المستأجر: استأجرتُ منكَ هذا العبد هذين الشهرين فيصرف قوله: هٰذَيْنِ الشَّهْرَيْنِ، إلى الشهرين المنكرين اللذين دخلا تحت إيجاب الأجر، فيبقى التنكير فيصلح التعليل بتجنيز الحاجة لإثبات التعيين.

قوله: تَحَرِّيًا لِلْجَوَازِ أَوْ نَظَرًا إِلَىٰ تَنَجُّزِ الْحَاجَةِ، وهذا لأنه إن لم ينصرف الشهر المذكور أوّلًا إلىٰ ما يلي العقد لكان الداخلُ في العقد شهرًا منكرًا من شهور عمره، وهذا فاسدٌ فلا بدَّ من صرفه إلىٰ ما يلي العقد تحرِّيًا لجواز العقد، وكذلك الإقدام على الإجارة دليلُ تنجز الحاجة إلىٰ تملك منفعة العبد، فوجبَ صرف الشهر المذكور أوّلًا إلىٰ ما يليه قضاءً للحاجة الناجزة.

فَيَتَرَجَّحُ بِحُكْمِ الحَالِ، إِذْ هُوَ دَلِيلٌ عَلَىٰ قِيَامِهِ مِنْ قَبْلُ وَهُوَ يَصْلُحُ مُرَجِّحًا إِنْ لَمْ يَصْلُحْ حُجَّةً فِي نَفْسِهِ. أَصْلُهُ الِاخْتِلَافُ فِي جَرَيَانِ مَاءِ الطَّاحُونَةِ وَانْقِطَاعِهِ.

قوله: أَصْلُهُ الِاخْتِلَافُ فِي جَرَيَانِ مَاءِ الطَّاحُونَةِ وَانْقِطَاعِهِ، فإنَّ مستأجر الرحىٰ إذا اختلفَ مع صاحب الرحىٰ فى جريان الماء في المدَّة فإنَّ القولُ قول من يشهد له الحال، وإن اختلفا في قدر الانقطاع فقال المستأجر عشرة أيام وقال الآجر خمسة أيام فالقولُ للمستأجر والبينة للآجر، وهو يصلحُ مرجحًا إن لم يصلح حجَّةً في نفسه، إذ التَّرجيحُ أبدًا إنَّما يقعُ بما لا يصلحُ حجةً، وقد عرف في أصول الفقه، والله تعالىٰ أعلم.

* * *

بَابُ الِاخْتِلَافِ فِي الإِجَارَةِ

قَالَ: (وَإِذَا اخْتَلَفَ الخَيَّاطُ وَرَبُّ الثَّوْبِ فَقَالَ رَبُّ الثَّوْبِ أَمَرْتُكَ أَنْ تَعْمَلَهُ قَبَاءً وَقَالَ الخَيَّاطُ بَلْ قَمِيصًا أَوْ قَالَ: صَاحِبُ الثَّوْبِ لِلصَّبَّاغِ أَمَرْتُكَ أَنْ تَصْبُغَهُ أَحْمَرَ فَصَبَغْتَهُ أَصْفَرَ وَقَالَ الصَّبَّاغُ لَا بَلْ أَمَرْتَنِي أَصْفَرَ فَالْقَوْلُ لِصَاحِبِ الثَّوْبِ)؛ لِأَنَّ الإِذْنَ يُسْتَفَادُ مِنْ جِهَتِهِ؛ أَلَا تَرَىٰ أَنَّهُ لَوْ أَنْكَرَ أَصْلَ الإِذْنِ كَانَ القَوْلُ قَوْلَهُ فَكَذَا إِذَا أَنْكَرَ صِفَتَهُ، لٰكِنْ يَحْلِفُ؛ لِأَنَّهُ أَنْكَرَ شَيْئًا لَوْ أَقَرَّ بِهِ لَزِمَهُ.

قَالَ: (وَإِذَا حَلَفَ فَالْخَيَّاطُ ضَامِنٌ) وَمَعْنَاهُ مَا مَرَّ مِنْ قَبْلُ أَنَّهُ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَهُ، وَأَعْطَاهُ أَجْرَ مِثْلِهِ، وَكَذَا يُخَيَّرُ فِي مَسْأَلَةِ الصَّبْغِ إِذَا حَلَفَ إِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ قِيمَةَ الثَّوْبِ أَبْيَضَ، وَإِنْ شَاءَ

باب الاختلاف

قوله: لَوْ أَنْكَرَ أَصْلَ الإِذْنِ كَانَ القَوْلُ قَوْلَهُ، أي لو أنكر عقد الإجارة كان القولُ قول رب الثوب، فكذا إذا أنكر صفته.

قوله: وَمَعْنَاهُ مَا مَرَّ مِنْ قَبْلُ، أي قبل باب الإجارة الفاسدة في مسئلة: ومن دفع إلىٰ خياطٍ ثوبًا ليخيط قميصًا بدرهمٍ فخاطه قباءً.

أَخَذَ الثَّوْبَ وَأَعْطَاهُ أَجْرَ مِثْلِهِ لَا يُجَاوَزُ بِهِ المُسَمَّىٰ. وَذَكَرَ فِي بَعْضِ النُّسَخِ: يُضَمِّنُهُ مَا زَادَ الصَّبْغُ فِيهِ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الغَصْبِ. (وَإِنْ قَالَ: صَاحِبُ الثَّوْبِ عَمِلْتَهُ لِي بِغَيْرِ أَجْرٍ وَقَالَ الصَّانِعُ بِأَجْرٍ فَالْقَوْلُ قَوْلُ صَاحِبِ الثَّوْبِ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -؛ لِأَنَّهُ يُنْكِرُ تَقَوُّمَ عَمَلِهِ إِذْ هُوَ يَتَقَوَّمُ بِالْعَقْدِ وَيُنْكِرُ الضَّمَانَ وَالصَّانِعُ يَدَّعِيهِ وَالْقَوْلُ قَوْلُ المُنْكِرِ (وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: إِنْ كَانَ الرَّجُلُ حَرِيفًا لَهُ) أَيْ خَلِيطًا لَهُ (فَلَهُ الأَجْرُ وَإِلَّا فَلَا) ؛ لِأَنَّ سَبْقَ مَا بَيْنَهُمَا يُعَيِّنُ جِهَةَ الطَّلَبِ بِأَجْرٍ جَرْيًا عَلَىٰ مُعْتَادِهِمَا (وَقَالَ مُحَمَّدٌ: إِنْ كَانَ الصَّانِعُ مَعْرُوفًا بِهٰذِهِ الصَّنْعَةِ بِالْأَجْرِ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ) ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا فَتَحَ الحَانُوتَ لِأَجْلِهِ جَرَىٰ

قوله: وَذَكَرَ فِي بَعْضِ النُّسَخِ، أي نسخ القدوري.

قوله: يُضَمِّنُهُ مَا زَادَ الصَّبْغُ فِيهِ، من الضمان، أي يضمن صاحب الثوب قيمةَ زيادة الصبغ، لأنه لمَّا خالفَ أمر الآمر في الوصف صار بمنزلة الغصب.

قوله: لِأَنَّهُ يُنْكِرُ تَقَوُّمَ عَمَلِهِ، إذ هو متقوِّم بالعقد ولا عقدَ ههنا حيث ادَّعى العملَ بغير أجرٍ ودعوى العمل بغير أجرٍ إعانةٌ والإعانة تبرع بالمنافع.

قوله: وَيُنْكِرُ الضَّمَانَ، أي وجوبَ الأجر.

قوله: حِرِّيفًا لَهُ، الحِرفة بالكسر اسم من الاحتراف وهو الاكتساب، وحريفُ الرجل معامله، وفسَّره هنا بالخليط وأرادَ به من بينكَ وبينه أخذ وإعطاءٌ، مثل إن كان الرجل يعامل قصارًا وكان يدفع إليه الثوبَ بأجرةٍ ويقاطعه ودفعَ الثوب إليه في هذه النوبة

ذٰلِكَ مَجْرَىٰ التَّنْصِيصِ عَلَىٰ الأَجْرِ اعْتِبَارًا لِلظَّاهِرِ، وَالْقِيَاسُ مَا قَالَهُ أَبُو حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -؛ لِأَنَّهُ مُنْكِرٌ. وَالْجَوَابُ عَنْ اسْتِحْسَانِهِمَا أَنَّ الظَّاهِرَ لِلدَّفْعِ، وَالْحَاجَةُ هَاهُنَا إِلَىٰ الِاسْتِحْقَاقِ وَاللهُ أَعْلَمُ.

ولم يقاطعه فله أجر مثل عمله، أي القولُ قوله في أنه عمله بأجرٍ، وقال محمد رحمه الله تعالىٰ: من اتخذ دُكانًا وانتصبَ بعمل القصارة بالأجر فالقولُ قوله، قال شيخ الإسلام رحمه الله تعالىٰ: وعليه الفتوىٰ، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

* * *

بَابُ فَسْخِ الإِجَارَةِ

قَالَ: (وَمَنِ اسْتَأْجَرَ دَارًا فَوَجَدَ بِهَا عَيْبًا يَضُرُّ بِالسُّكْنَىٰ فَلَهُ الفَسْخُ)؛ لِأَنَّ المَعْقُودَ عَلَيْهِ المَنَافِعُ، وَأَنَّهَا تُوجَدُ شَيْئًا فَشَيْئًا فَكَانَ هٰذَا عَيْبًا حَادِثًا قَبْلَ القَبْضِ فَيُوجِبُ الخِيَارَ كَمَا فِي البَيْعِ، ثُمَّ المُسْتَأْجِرُ إِذَا اسْتَوْفَىٰ المَنْفَعَةَ فَقَدْ رَضِيَ بِالْعَيْبِ فَيَلْزَمُهُ جَمِيعُ البَدَلِ كَمَا فِي البَيْعِ، وَإِنْ فَعَلَ المُؤَجِّرُ مَا أَزَالَ بِهِ العَيْبَ فَلَا خِيَارَ لِلْمُسْتَأْجِرِ

باب فسخ الإجارة

قوله: وَأَنَّهَا تُوجَدُ شَيْئًا فَشَيْئًا فَكَانَ هٰذَا عَيْبًا حَادِثًا قَبْلَ القَبْضِ فَيُوجِبُ الخِيَارَ، وبهذا يندفعُ شبهة من قال: أن عقد الإجارة لازمٌ كالبيع، ثمَّ إنَّ العيبَ إذا حدثَ في البيع بعد ما قبضه المشتري ليسَ للمشتري أن يرده، فكان ينبغي أن لا يردَّ بسبب العيب الحادث بعد القبض في الإجارة أيضًا، فقال إنَّ العيب الحادث في الإجارة بمنزلة العيب الحادث في البيع قبل القبض، لأنَّ المعقود عليه المنافع وأنَّها توجدُ شيئًا فشيئًا، فما وجدَ من العيب يكون حادثًا قبل القبض فيوجبُ الخيارَ كما إذا حدث العيبَ في المبيع قبل القبض، ثمَّ المستأجر إذا استوفى المنفعة فقد رضي بالعيب فيلزمه جميع البدل، كما في البيع إذا رضىٰ بالعيب لا يرجع بالنقصان.

قوله: مَا أَزَالَ بِهِ العَيْبَ، كإصلاح ما انْهَدم من الدار.

لِزَوَالِ سَبَبِهِ.

قَالَ: (وَإِذَا خَرِبَتِ الدَّارُ أَوِ انْقَطَعَ شُرْبُ الضَّيْعَةِ أَوِ انْقَطَعَ المَاءُ عَنِ الرَّحَىٰ انْفَسَخَتِ الإِجَارَةُ) ؛ لِأَنَّ المَعْقُودَ عَلَيْهِ قَدْ فَاتَ، وَهِيَ المَنَافِعُ المَخْصُوصَةُ قَبْلَ القَبْضِ فَشَابَهَ فَوْتُ المَبِيعِ قَبْلَ القَبْضِ وَمَوْتِ العَبْدِ المُسْتَأْجَرِ. وَمِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ قَالَ: إِنَّ العَقْدَ لَا يَنْفَسِخُ؛ لِأَنَّ المَنَافِعَ قَدْ فَاتَتْ عَلَىٰ وَجْهٍ يُتَصَوَّرُ عَوْدُهَا فَأَشْبَهَ الإِبَاقَ فِي البَيْعِ قَبْلَ القَبْضِ. وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّ الآجِرَ لَوْ بَنَاهَا لَيْسَ لِلْمُسْتَأْجِرِ أَنْ يَمْتَنِعَ وَلَا لِلآجِرِ، وَهٰذَا تَنْصِيصٌ مِنْهُ عَلَىٰ أَنَّهُ لَمْ يَنْفَسِخْ لٰكِنَّهُ يُفْسَخُ. (وَلَوِ انْقَطَعَ مَاءُ

قوله: فَأَشْبَهَ الإِبَاقَ فِي البَيْعِ، أي إذا أبَقَ المبيع قبل القبض لا ينفسخ البيعُ، كذا هنا.

قوله: وَهٰذَا تَنْصِيصٌ مِنْهُ عَلَىٰ أَنَّهُ لَمْ يَنْفَسِخْ لٰكِنَّهُ يُفْسَخُ، أي قوله: لَيْسَ لِلْمُسْتَأْجِرِ أَنْ يَمْتَنِعَ، أي عن القبض، وَلَا لِلآجِرِ، أي عن التسليم، تنصيصٌ علىٰ أنه لم ينفسخ، لكنه يفسخ أي له حق الفسخ، ولأنَّ أصل الموضع مسكن بعد انْهِدام البناء يتأتى فيه السكنىٰ بنصب الفسطاط فبقي العقد بِهذا، ولكن لا أجرَ على المستأجر لعدم تمكُّنه من الانتفاع على الوجه الذي قصده بالاستئجار، وقال محمدٌ رحمه الله تعالىٰ في السفينة المستأجرة: إذا نقضت وصارت ألواحًا ثمَّ ركبت وأعيدت سفينةً لم يجبر علىٰ تسليمها إلى المستأجر، وقال محمدٌ رحمه الله تعالىٰ: لا تشبه هذه الدار لأنَّ السفينةَ بعد النقض إذا أعيدت صارت سفينةً أخرىٰ، ألا ترىٰ أنَّ من غصبَ من آخر ألواحًا وجعلها سفينةً ينقطعُ حقُّ المالك، فأمَّا عرصة الدارفلا تتغير بالبناء عليها.

الرَّحَىٰ، وَالْبَيْتُ مِمَّا يُنْتَفَعُ بِهِ لِغَيْرِ الطَّحْنِ فَعَلَيْهِ عَنِ الأَجْرِ بِحِصَّتِهِ)؛ لِأَنَّهُ جُزْءٌ مِنَ المَعْقُودِ عَلَيْهِ.

قَالَ: (وَإِذَا مَاتَ أَحَدُ المُتَعَاقِدَيْنِ وَقَدْ عَقَدَ الإِجَارَةَ لِنَفْسِهِ انْفَسَخَتْ)؛ لِأَنَّهُ لَوْ بَقِيَ العَقْدُ تَصِيرُ المَنْفَعَةُ المَمْلُوكَةُ بِهِ أَوِ الأُجْرَةُ المَمْلُوكَةُ لِغَيْرِ العَاقِدِ مُسْتَحَقَّةً بِالْعَقْدِ؛ لِأَنَّهُ يَنْتَقِلُ بِالْمَوْتِ إِلَىٰ الوَارِثِ وَذَٰلِكَ لَا يَجُوزُ (وَإِنْ عَقَدَهَا لِغَيْرِهِ لَمْ تَنْفَسِخْ) مِثْلُ الوَكِيلِ وَالْوَصِيِّ وَالْمُتَوَلِّي

قوله: لِأَنَّهُ يَنْتَقِلُ بِالْمَوْتِ إِلَى الوَارِثِ وَذَٰلِكَ لَا يَجُوزُ، أمَّا في موت الآجر فلأنَّ المنافع التي تحدث علىٰ ملكه هو المعقود عليه، وبموته تنتقل رقبة الدار ومنفعتها إلى الوارث فتبطل الإجارة لفوات المعقود عليه، لأنَّ تبدُّل الملك كتبدل المملوك، ألا ترىٰ أنه لو باعَ الدار برضا المستأجر بطلت الإجارة لانتقال الملك فيها إلىٰ غيره، وفي موت المستأجر لو بقي العقدُ بعد موته أنه يبقىٰ علىٰ أن يخلفه الوارثُ والمنفعة المجرَّدة لا تورث، ألا ترىٰ أنَّ المستعير لا يخلفه وارثه هذا لأنَّ الوراثة خلافةٌ فلا يتصوَّر ذلك إلا فيما بقي وقتين ليكون ملك المورث في الوقت الأوَّل، ويخلف الوارث فيه في الوقت الثانِي كالعين، وإذا تعذَّر إثبات الإرث تعيَّن البطلان كعقد النكاح، بخلاف ما إذا باشر العقد لغيره كالوصي والوكيل ومتولي الوقف، لأنَّ العقد ينتقل إلىٰ ذلك الغير شرعًا فلا يكون المستحقُّ غير العاقد فانعدم ما ذكرنا من المعنىٰ، فإن قيل: لمَّا كانت الإجارة تتجدَّد في حقِّ المعقود عليه بحسب ما يحدث من المنفعة ينبغي أن تعمل إجازة الوارث فيه، لأنَّ العين الذي يحدث فيه المنفعة صار ملكه كما في تصرف الفضولي؟ قلنا: إنَّما لا يعمل إجازته لأنه لم يتوقف علىٰ حقِّه عند العقد فلا يتوقَّف علىٰ إجازته، والفقه ما بينا أنَّ الوارث إنَّما يقوم مقام المورث في أملاكه لا في أقواله ولا في عقوده التي عقدها لنفسه

فِي الوَقْفِ لِانْعِدَامِ مَا أَشَرْنَا إِلَيْهِ مِنَ المَعْنَىٰ.

قَالَ: (وَيَصِحُّ شَرْطُ الخِيَارِ فِي الإِجَارَةِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ -: لَا يَصِحُّ؛ لِأَنَّ المُسْتَأْجِرَ لَا يُمْكِنُهُ رَدُّ المَعْقُودِ عَلَيْهِ بِكَمَالِهِ لَوْ كَانَ الخِيَارُ لَهُ لِفَوَاتِ بَعْضِهِ، وَلَوْ كَانَ لِلْمُؤَجِّرِ فَلَا يُمْكِنُهُ التَّسْلِيمُ أَيْضًا عَلَىٰ الكَمَالِ، وَكُلُّ ذٰلِكَ يَمْنَعُ الخِيَارَ. وَلَنَا أَنَّهُ عَقْدُ مُعَامَلَةٍ

وعليه، كما إذا وهبَ شيئًا وماتَ قبل التسليم، أو وكل رجلًا ببيع ماله فلم يبع حتَّىٰ مات الموكل، فإنَّ الوارث لا يقوم مقام المورث في هاتين المسئلتين لِمَا قلنا أنه لا يقومُ مقامه في أقواله، وهذا بخلاف النكاح حيث لا يبطلُ نكاح أمته بموت المولىٰ، لأنَّ ملك النكاح في حكم ملك العين فلا يثبتُ للوارث بملك رقبة الأمة حقٌّ ممَّا هو حقُّ الزوج، كما لو باعها المولىٰ لا يبطلُ النكاح.

قوله: وَيَصِحُّ شَرْطُ الخِيَارِ فِي الإِجَارَةِ، ويعتبَرُ أوَّل المدة من وقت سقوط الخيار، وقال الشافعي رحمه الله تعالىٰ: لا يصحُّ، لأنَّ جواز الإجارة عنده بطريق أنَّ المنافعَ جعلت كالأعيان القائمة، وإنَّما يكون ذلك إذا اتَّصل ابتداء المدَّة بالعقد وباشتراط الخيار ينعدمُ ذلكَ، لأنَّ ابتداء المدَّة من حين يسقط الخيار، وإن جعل ابتداء المدَّة من وقت العقد فشرط الخيار غير ممكنٌ أيضًا، لأنَّ الخيارَ مشروطٌ للفسخ فلا بدَّ من أن يتلف شيءٌ من المعقود عليه في مدَّة الخيار، وذلك مانعٌ من الفسخ، ولو كان للمؤاجر فلا يمكنه التسليمُ أيضًا، لأنَّ المستأجرَ إذا استأجرَ دارًا هذا الشهر مثلًا فعلى الموجر التسليم شهرًا بكماله، فلمَّا مضىٰ بعض الشهر لا يمكنه التسليم على الكمال.

قوله: وَلَنَا أَنَّهُ عَقْدُ مُعَامَلَةٍ، هذا احتِرازٌ عن النكاح، فإنَّ مطلق المعاملة ينصرف إلى المعاوضات، وفي بعض النسخ: أنه عقد مقابلةٍ، أي معاوضةٍ لأنَّ فيها تقابل العوضين،

لَا يُسْتَحَقُّ القَبْضُ فِيهِ فِي المَجْلِسِ فَجَازَ اشْتِرَاطُ الخِيَارِ فِيهِ كَالْبَيْعِ وَالْجَامِعُ بَيْنَهُمَا دَفْعُ الحَاجَةِ، وَفَوَاتُ بَعْضِ المَعْقُودِ عَلَيْهِ فِي الإِجَارَةِ لَا يَمْنَعُ الرَّدَّ بِخِيَارِ العَيْبِ، فَكَذَا بِخِيَارِ الشَّرْطِ، بِخِلَافِ البَيْعِ، وَهٰذَا؛ لِأَنَّ رَدَّ الكُلِّ مُمْكِنٌ فِي البَيْعِ دُونَ الإِجَارَةِ فَيُشْتَرَطُ فِيهِ دُونَهَا وَلِهٰذَا يُجْبَرُ المُسْتَأْجِرُ عَلَىٰ القَبْضِ إِذَا سَلَّمَ المُؤَجِّرَ بَعْدَ مُضِيِّ بَعْضِ المُدَّةِ.

وأمَّا النكاحُ فالمالُ فيه ليسَ بمقصودٍ فلا يكون من باب المعاوضة والمقابلة.

قوله: لَا يُسْتَحَقُّ القَبْضُ فِيهِ فِي المَجْلِسِ، احترازٌ عن الصرف والسلم فإنَّ قبض البدل شرطٌ في المجلس فلم يجز فيه شرط الخيار.

قوله: بِخِلَافِ البَيْعِ، متعلق بقوله: وَفَوَاتُ بَعْضِ المَعْقُودِ عَلَيْهِ، أي فوات بعض المعقود عليه في الإجارة لا يمنعُ الردَّ بالخيار، بخلاف البيع، فإنَّ فوات بعض المعقود عليه في البيع يمنع الردَّ بخيار العيب والشرط، لِمَا أنَّ التكليف إنَّما شُرِعَ بحسب الوسع والطاقة، ففي البيع ردُّ المبيع كما هو ممكنٌ فاشترطَ فيه عدم فوات بعض المعقود عليه للردِّ لإمكانه، ولم يشترط في الإجارة ذلك لعدم إمكانه، حتَّىٰ لو اشترىٰ شيئًا ولم يعلم بأنه معيبٌ ثمَّ حدثَ في يد المشتري عيبٌ آخر لم يجز له الردُّ بالعيب لفوات بعض المعقود عليه بالعيب الحادث.

قوله: فَيُشْتَرَطُ فِيهِ دُونَهَا، أي فيشترط ردُّ الكل في عقد البيع لإمكانه، لا في عقد الإجارة لعدم إمكانه.

قوله: وَلِهٰذَا يُجْبَرُ المُسْتَأْجِرُ عَلَى القَبْضِ إِذَا سَلَّمَ المُؤَجِّرَ بَعْدَ مُضِيِّ بَعْضِ المُدَّةِ، كما إذا استأجرَ دارًا سنةً فلم يسلمها إليه حتَّىٰ مضىٰ شهرٌ وقد طلب التسليمَ أو لم

قَالَ: (وَتُفْسَخُ الإِجَارَةُ بِالْأَعْذَارِ) عِنْدَنَا. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ -: لَا تُفْسَخُ إِلَّا بِالْعَيْبِ؛ لِأَنَّ المَنَافِعَ عِنْدَهُ بِمَنْزِلَةِ الأَعْيَانِ حَتَّىٰ يَجُوزَ العَقْدُ عَلَيْهَا فَأَشْبَهَ البَيْعَ. وَلَنَا أَنَّ المَنَافِعَ غَيْرُ مَقْبُوضَةٍ وَهِيَ المَعْقُودُ عَلَيْهَا فَصَارَ العُذْرُ فِي الإِجَارَةِ كَالْعَيْبِ قَبْلَ القَبْضِ فِي البَيْعِ فَتَنْفَسِخُ بِهِ، إِذِ المَعْنَىٰ يَجْمَعُهُمَا وَهُوَ عَجْزُ العَاقِدِ عَنِ المُضِيِّ فِي مُوجِبِهِ إِلَّا بِتَحَمُّلِ ضَرَرٍ زَائِدٍ لَمْ يَسْتَحِقَّ بِهِ، وَهٰذَا هُوَ مَعْنَىٰ العُذْرِ

يطلب ثمَّ تحاكما لم يكن للمستأجر أن يمتنع من القبض في باقي السنة عندنا، لأنَّ الخيارَ لو ثَبتَ إنَّما يثبت لتفرُّق الصفقة في المعقود عليه، والعقدُ كما وقعَ وقعَ متفرِّقًا فإنه ينعقدُ ساعةً فساعةً علىٰ ما بيَّنا، فصار الجزء الثاني من المنفعة مستحقًّا بعقدٍ آخر، وما ملك بعقدين فتعذُّر التسليمِ في أحد العقدين لا يؤثر في الآخر، وعند الشافعي رحمه الله تعالىٰ للمستأجر حقُّ الفسخ فيما بقي، لأنَّ المنافعَ عنده كالأعيان، فإذا فاتَ بعض ما يتناوله العقدُ قبل القبض لا يجبر فيما بقي لاتحاد الصفقة، كما لو اشترىٰ شيئين فهلكَ أحدهما قبل القبض.

قوله: وَتُفْسَخُ الإِجَارَةُ بِالْأَعْذَارِ، عِنْدَنَا. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ: لَا تُفْسَخُ - بعذرٍ وبغير عذرٍ - إِلَّا بِالْعَيْبِ، وعند شُريح رحمه الله تعالىٰ تفسخُ بعذرٍ وبغير عذرٍ، لأنه عقدٌ على المعدوم كالعارية، والحوالة للحاجة ولا حاجةَ إلىٰ إثبات صفة اللزوم.

قوله: إِذِ المَعْنَىٰ يَجْمَعُهُمَا وَهُوَ عَجْزُ العَاقِدِ عَنِ المُضِيِّ فِي مُوجِبِهِ إِلَّا بِتَحَمُّلِ ضَرَرٍ زَائِدٍ لَمْ يَسْتَحِقَّ بِهِ، فإنَّ جواز هذا العقد للحاجة ولزومه لتوفُّر المنفعة على المتعاقدين، فإذا آل الامرُ إلى الضرر أخذنا فيه بأصل القياس وقلنا العقدُ في

عِنْدَنَا (وَهُوَ كَمَنِ اسْتَأْجَرَ حَدَّادًا لِيَقْلَعَ ضِرْسَهُ لِوَجَعٍ بِهِ فَسَكَنَ الوَجَعُ أَوِ اسْتَأْجَرَ طَبَّاخًا لِيَطْبُخَ لَهُ طَعَامَ الوَلِيمَةِ فَاخْتَلَعَتْ مِنْهُ تُفْسَخُ الإِجَارَةُ) ؛ لِأَنَّ فِي المُضِيِّ عَلَيْهِ إِلْزَامَ ضَرَرٍ زَائِدٍ لَمْ يُسْتَحَقَّ بِالْعَقْدِ (وَكَذَا مَنِ اسْتَأْجَرَ دُكَّانًا فِي السُّوقِ لِيَتَّجِرَ فِيهِ فَذَهَبَ مَالُهُ، وَكَذَا مَنْ أَجَّرَ دُكَّانًا أَوْ دَارًا ثُمَّ أَفْلَسَ، وَلَزِمَتْهُ دُيُونٌ لَا يَقْدِرُ عَلَىٰ قَضَائِهَا إِلَّا بِثَمَنِ مَا أَجَّرَ فَسَخَ القَاضِي العَقْدَ وَبَاعَهَا فِي الدُّيُونِ) ؛ لِأَنَّ فِي الجَرْيِ عَلَىٰ مُوجِبِ العَقْدِ إِلْزَامَ ضَرَرٍ زَائِدٍ لَمْ يُسْتَحَقَّ بِالْعَقْدِ وَهُوَ الحَبْسُ؛ لِأَنَّهُ قَدْ لَا يُصَدَّقُ عَلَىٰ عَدَمِ مَالٍ آخَرَ. ثُمَّ قَوْلُهُ فَسَخَ القَاضِي العَقْدَ إِشَارَةٌ إِلَىٰ أَنَّهُ يَفْتَقِرُ إِلَىٰ قَضَاءِ القَاضِي فِي النَّقْضِ، وَهٰكَذَا ذَكَرَ فِي الزِّيَادَاتِ فِي عُذْرِ الدَّيْنِ، وَقَالَ فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: وَكُلُّ مَا ذَكَرْنَا أَنَّهُ عُذْرٌ فَإِنَّ الإِجَارَةَ فِيهِ تُنْتَقَضُ، وَهٰذَا يَدُلُّ عَلَىٰ أَنَّهُ لَا يَحْتَاجُ فِيهِ إِلَىٰ قَضَاءِ القَاضِي. وَوَجْهُهُ أَنَّ هٰذَا بِمَنْزِلَةِ العَيْبِ قَبْلَ القَبْضِ فِي المَبِيعِ عَلَىٰ مَا مَرَّ فَيَنْفَرِدُ العَاقِدُ بِالْفَسْخِ. وَوَجْهُ الأَوَّلِ أَنَّهُ فَصْلٌ مُجْتَهَدٌ فِيهِ فَلَا بُدَّ مِنَ الزَامِ القَاضِي، ....

حكم المضاف في حقِّ المعقود عليه، والإضافة في عقود التمليكات تمنعُ اللزوم في الحال كالوصية.

قوله: أَنَّهُ فَصْلٌ مُجْتَهَدٌ فِيهِ، لأنَّ فيه خلاف الشافعي رحمه الله تعالىٰ علىٰ ما ذكرنا، فَلَا بُدَّ مِنَ الزَامِ القَاضِي، قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالىٰ: وهو الأصحُّ.

وَمِنْهُمْ مَنْ وَفَّقَ فَقَالَ: إِذَا كَانَ العُذْرُ ظَاهِرًا لَا يَحْتَاجُ إِلَىٰ القَضَاءِ لِظُهُورِ العُذْرِ، وَإِنْ كَانَ غَيْرَ ظَاهِرٍ كَالدَّيْنِ يَحْتَاجُ إِلَىٰ القَضَاءِ لِظُهُورِ العُذْرِ (وَمَنِ اسْتَأْجَرَ دَابَّةً لِيُسَافِرَ عَلَيْهَا ثُمَّ بَدَا لَهُ مِنَ السَّفَرِ فَهُوَ عُذْرٌ)؛ لِأَنَّهُ لَوْ مَضَىٰ عَلَىٰ مُوجِبِ العَقْدِ يَلْزَمُهُ ضَرَرٌ زَائِدٌ؛ لِأَنَّهُ رُبَّمَا يَذْهَبُ لِلْحَجِّ فَذَهَبَ وَقْتُهُ أَوْ لِطَلَبِ غَرِيمِهِ فَحَضَرَ أَوْ لِلتِّجَارَةِ فَافْتَقَرَ (وَإِنْ بَدَا لِلْمُكَارِي فَلَيْسَ ذٰلِكَ بِعُذْرٍ) ؛ لِأَنَّهُ يُمْكِنُهُ أَنْ يَقْعُدَ وَيَبْعَثَ الدَّوَابَّ عَلَىٰ يَدِ تِلْمِيذِهِ أَوْ أَجِيرِهِ (وَلَوْ مَرِضَ المُؤَاجِرُ فَقَعَدَ فَكَذَا الجَوَابُ) عَلَىٰ رِوَايَةِ الأَصْلِ. وَرَوَىٰ الكَرْخِيُّ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ عُذْرٌ؛ لِأَنَّهُ لَا يَعْرَىٰ عَنْ ضَرَرٍ فَيَدْفَعُ عَنْهُ عِنْدَ الضَّرُورَةِ دُونَ الِاخْتِيَارِ (وَمَنْ آجَرَ عَبْدَهُ ثُمَّ بَاعَهُ فَلَيْسَ بِعُذْرٍ) ؛ لِأَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ

قوله: وَمِنْهُمْ مَنْ وَفَّقَ فَقَالَ: إِذَا كَانَ العُذْرُ ظَاهِرًا، بأن ماتت المرأة أو اختلعت فيما إذا استأجر طباخًا ليطبخ طعام الوليمة، أو مات الولد فيما إذا استأجر الختان ليختنه.

قوله: وَرَوَى الكَرْخِيُّ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ ... أَنَّهُ عُذْرٌ؛ - أي مرض الموجر - لِأَنَّهُ لَا يَعْرَىٰ عَنْ ضَرَرٍ فَيَدْفَعُ عَنْهُ عِنْدَ الضَّرُورَةِ، وهو المرض دون الاختيارِ عذرٌ، وهو ما إذا بدأ له من السفر، وروىٰ بشر عن أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ قال: إذا امتنعَ ربُّ الدابة من الخروج فهذا لا يكون عذرًا له، وإن مرِض فهو عذرٌ له، لأنه يقول غيري لا ينفق علىٰ دابتي ولا يقوم بتعاهدها كقيامي، وإذا تعذَّر عليه الخروجُ للمرض يلحقه في إبقاء العقد ضررٌ لم يلتزمه بالعقد.

قوله: وَمَنْ آجَرَ عَبْدَهُ ثُمَّ بَاعَهُ فَلَيْسَ بِعُذْرٍ، فإن باعه مع هذا يجوز؟ ففيه اختلاف

الضَّرَرُ بِالْمُضِيِّ عَلَىٰ مُوجِبِ عَقْدٍ، وَإِنَّمَا يَفُوتُهُ الِاسْتِرْبَاحُ وَأَنَّهُ أَمْرٌ زَائِدٌ (وَإِذَا اسْتَأْجَرَ الخَيَّاطُ غُلَامًا فَأَفْلَسَ وَتَرَكَ العَمَلَ فَهُوَ العُذْرُ) ؛ لِأَنَّهُ يَلْزَمُهُ الضَّرَرُ بِالْمُضِيِّ عَلَىٰ مُوجِبِ العَقْدِ لِفَوَاتِ مَقْصُودِهِ وَهُوَ رَأْسُ مَالِهِ، وَتَأْوِيلُ المَسْأَلَةِ خَيَّاطٌ يَعْمَلُ لِنَفْسِهِ، أَمَّا الَّذِي يَخِيطُ بِأَجْرٍ فَرَأْسُ مَالِهِ الخَيْطُ وَالْمَخِيطُ وَالْمِقْرَاضُ فَلَا يَتَحَقَّقُ الإِفْلَاسُ فِيهِ.

(وَإِنْ أَرَادَ تَرْكَ الخِيَاطَةِ، وَأَنْ يَعْمَلَ فِي الصَّرْفِ فَلَيْسَ بِعُذْرٍ) ؛ لِأَنَّهُ يُمْكِنُهُ أَنْ يُقْعِدَ الغُلَامَ لِلْخِيَاطَةِ فِي نَاحِيَةٍ، وَهُوَ يَعْمَلُ فِي الصَّرْفِ فِي نَاحِيَةٍ، وَهٰذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا اسْتَأْجَرَ دُكَّانًا لِلْخِيَاطَةِ فَأَرَادَ أَنْ يَتْرُكَهَا وَيَشْتَغِلَ بِعَمَلٍ آخَرَ حَيْثُ جَعَلَهُ عُذْرًا ذَكَرَهُ فِي الأَصْلِ؛ لِأَنَّ الوَاحِدَ لَا يُمْكِنُهُ الجَمْعُ بَيْنَ العَمَلَيْنِ، أَمَّا هَاهُنَا العَامِلُ شَخْصَانِ فَأَمْكَنَهُمَا (وَمَنِ اسْتَأْجَرَ غُلَامًا يَخْدُمُهُ فِي المِصْرِ ثُمَّ سَافَرَ فَهُوَ عُذْرٌ) ؛ لِأَنَّهُ لَا يَعْرَىٰ عَنِ الزَامِ ضَرَرٍ زَائِدٍ؛ لِأَنَّ خِدْمَةَ السَّفَرِ أَشَقُّ، وَفِي المَنْعُ مِنَ

ألفاظ الروايات، قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالىٰ في شرح إجارات الأصل: والصحيح من الرواية أنَّ البيع موقوفٌ علىٰ سقوط حقِّ المستأجر، ليسَ للمستأجر أن يفسخَ البيع، وإليه مالَ الصدر الشهيد رحمه الله تعالىٰ.

قوله: وَتَأْوِيلُ المَسْأَلَةِ خَيَّاطٌ يَعْمَلُ لِنَفْسِهِ، وقيل: لا يحتاجُ إلى التأويل، فإنَّ الخياط الذي يعملُ للناس قد يعجز عن ذلك بأن تظهر خيانته عند الناس فيتحاشون عن معاملته وتسليم العمل إليه.

السَّفَرِ ضَرَرٌ، وَكُلُّ ذٰلِكَ لَمْ يُسْتَحَقَّ بِالْعَقْدِ فَيَكُونُ عُذْرًا (وَكَذَا إِذَا أَطْلَقَ) لِمَا مَرَّ أَنَّهُ يَتَقَيَّدُ بِالْحَضَرِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا آجَرَ عَقَارًا ثُمَّ سَافَرَ؛ لِأَنَّهُ لَا ضَرَرَ إِذِ المُسْتَأْجِرُ يُمْكِنُهُ اسْتِيفَاءُ المَنْفَعَةِ مِنَ المَعْقُودِ عَلَيْهِ بَعْدَ غَيْبَتِهِ، حَتَّىٰ لَوْ أَرَادَ المُسْتَأْجِرُ السَّفَرَ فَهُوَ عُذْرٌ لِمَا فِيهِ مِنَ المَنْعِ مِنَ السَّفَرِ أَوْ إِلْزَامِ الأَجْرِ بِدُونِ السُّكْنَىٰ وَذٰلِكَ ضَرَرٌ.

قوله: وَكَذَا إِذَا أَطْلَقَ، بأن قال: استأجرتُ منك هذا العبدَ للخدمة، ولم يقل في الحضر أو في السفر.

قوله: بِخِلَافِ مَا إِذَا آجَرَ عَقَارًا ثُمَّ سَافَرَ، وفي الذخيرة: ولو أرادَ ربُّ العبد أن يسافرَ لا يكونُ ذلك عذرٌ له في فسخ الإجارة، لأنه يمكنه إيفاء المعقود عليه من غير أن يحبس نفسه في مكان معيَّنٍ، بأن يخرج إلى السفر ويخلىٰ بين المستأجر وبين العبد، فعُلمَ أنَّ ذكر العقار ليس بقيدٍ، والله تعالىٰ أعلم.

* * *

مَسَائِلُ مَنْثُورَةٌ

قَالَ: (وَمَنِ اسْتَأْجَرَ أَرْضًا أَوِ اسْتَعَارَهَا فَأَحْرَقَ الحَصَائِدَ فَاحْتَرَقَ شَيْءٌ مِنْ أَرْضٍ أُخْرَىٰ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ) ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُتَعَدٍّ فِي هٰذَا التَّسْبِيبِ فَأَشْبَهَ حَافِرَ البِئْرِ فِي دَارِ نَفْسِهِ. وَقِيلَ هٰذَا إِذَا كَانَتِ الرِّيَاحُ

مسائل منثورة

قوله: فَأَحْرَقَ الحَصَائِدَ، حصدَ الزرع جزَّه حصدًا أو حصادًا، من باب طَلَبَ وضَرَبَ، والحصائدُ جمع حصيد وحصيدة، وهما الزرع المحصود، وأريد بِها هنا ما بقىٰ في الأرض من أصول القصب المحصود.

قوله: لِأَنَّهُ غَيْرُ مُتَعَدٍّ فِي هٰذَا التَّسْبِيبِ، والضمانُ بطريق التسبيب يعتمد التعدي في السبب، ألا ترىٰ أنَّ من حَفَر بئرًا في داره فوقع فيها إنسانٌ فهلكَ لا يضمن الحافرُ، لأنه غير متعمدٍ، ولو رمىٰ سهمًا في ملكه فأصابَ نفسًا أو مالًا فهلكَ يضمن، لأنه مباشرٌ فلم يتوقف على التعدِّي، وهذا لأنَّ المباشرة علةٌ فلا يبطل حكمها بعذرٍ، فأمَّا السببُ فليسَ بعلةٍ فلا بدَّ من صفة العدوان ليلحق بالعلة، وإحراق الحصائد ههنا مباحٌ وليس بتعد فلا يُضاف التلف إليه، قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالىٰ: هذا إذا كانت الرياح هادنةً حين أوْقد النار ثمَّ تغيَّرت لأنه لا صُنع له في تغير الرياح، فأمَّا إذا كانت الرياح مضطربةً فينبغي أن يضمن، لأنَّ موقد النار في يوم الريح يعلمُ أنَّ النارَ لا تستقرُّ في أرضه، ولكن الريح تذهب بِها إلىٰ أرض الجيران فصارَ كأنه ألقىٰ في أرضهم.

هَادِئَةً ثُمَّ تَغَيَّرَتْ، أَمَّا إِذَا كَانَتْ مُضْطَرِبَةً يَضْمَنُ؛ لِأَنَّ مُوقِدَ النَّارِ يَعْلَمُ أَنَّهَا لَا تَسْتَقِرُّ فِي أَرْضِهِ.

قَالَ: (وَإِذَا أَقْعَدَ الخَيَّاطُ أَوِ الصَّبَّاغُ فِي حَانُوتِهِ مَنْ يَطْرَحُ عَلَيْهِ العَمَلَ بِالنِّصْفِ فَهُوَ جَائِزٌ) لِأَنَّ هٰذِهِ شَرِكَةُ الوُجُوهِ فِي الحَقِيقَةِ، فَهٰذَا بِوَجَاهَتِهِ يَقْبَلُ وَهٰذَا بِحَذَاقَتِهِ يَعْمَلُ فَيَنْتَظِمُ بِذٰلِكَ المَصْلَحَةُ فَلَا تَضُرُّهُ

قوله: وَإِذَا أَقْعَدَ الخَيَّاطُ أَوِ الصَّبَّاغُ فِي حَانُوتِهِ مَنْ يَطْرَحُ عَلَيْهِ العَمَلَ بِالنِّصْفِ فَهُوَ جَائِزٌ، لِأَنَّ هٰذِهِ شَرِكَةُ الوُجُوهِ فِي الحَقِيقَةِ، فَهٰذَا بِوَجَاهَتِهِ يَقْبَلُ وَهٰذَا بِحَذَاقَتِهِ يَعْمَلُ، صورة المسئلة إذا كان للقصّار أو الصبّاغ دكانٌ معروفٌ وهو رجلٌ مشهورٌ عند الناس وله وجاهةٌ ولكنه غير حاذقٍ فيقعدُ في دكانه رجلًا حاذقًا يقبل العمل من الناس، ويعمل ذلك الرجلُ علىٰ أنَّ ما أصابا من شيءٍ فهو بينهما نصفان، وهذا في القياس فاسدٌ لأنَّ رأسَ مال صاحب الدكان المنفعةُ والمنافعُ لا تصير رأس مال الشركة، ولأنَّ المتقبل للعمل إن كان صاحب الدكان فالعاملُ أجيره بالنصف وهو مجهولٌ، لأنَّ الأجرةَ إذا كانت نصفَ ما يخرج من عمله كانت مجهولةً لا محالةَ، وإن كان المتقبلُ هو العاملُ فهو مستأجرٌ لموضع جلوسه من دكانه بنصف ما يعمل وذلك مجهولٌ أيضًا، وفي الاستحسان يجوز هذا لأنَّ هذا شركة التقبل وفي العمل بأبدانهما سواءٌ فيصيرُ رأسُ مال أحدهما التقبل ورأس مال الآخر العملَ، وكلُّ واحد منهما يجبُ به الأجر، كذا في النهاية.

قوله: لِأَنَّ هٰذِهِ شَرِكَةُ الوُجُوهِ فِي الحَقِيقَةِ، فَهٰذَا بِوَجَاهَتِهِ يَقْبَلُ، وكان الآخرُ يشاركه علىٰ أن يتقبل الأعمال فقبلَ أحدهما وعملَ الآخر فيكون الأجر بينهما، كما لو صرحا بشركة التقبل ثمَّ تقبل أحدهما وعمل الآخر يكون الأجرُ بينهما، وكذا إذا شاركا علىٰ أن يشتريا بوجوههما ثمَّ اشترىٰ أحدهما يشاركه الآخرُ فيه، وهذا أقْرَبُ إلىٰ شركة

الجَهَالَةُ فِيمَا يَحْصُلُ.

قَالَ: (وَمَنِ اسْتَأْجَرَ جَمَلًا لِيَحْمِلَ عَلَيْهِ مَحْمَلًا وَرَاكِبَيْنِ إِلَىٰ مَكَّةَ جَازَ وَلَهُ المَحْمَلُ المُعْتَادُ) وَفِي القِيَاسِ لَا يَجُوزُ؛ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ لِلْجَهَالَةِ وَقَدْ يُفْضِي ذٰلِكَ إِلَى المُنَازَعَةِ. وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ المَقْصُودَ هُوَ الرَّاكِبُ وَهُوَ مَعْلُومٌ وَالْمَحْمَلُ تَابِعٌ، وَمَا فِيهِ مِنَ الجَهَالَةِ يَرْتَفِعُ بِالصَّرْفِ إِلَى المُتَعَارَفِ فَلَا يُفْضِي ذٰلِكَ إِلَى المُنَازَعَةِ وَكَذَا إِذَا لَمْ يَرَ الوَطَاءَ وَالدُّثُرَ.

قَالَ: (وَإِنْ شَاهَدَ الجَمَّالُ مَحمَلَ فَهُوَ أَجْوَدُ) ؛ لِأَنَّهُ أَنفَىٰ لِلْجَهَالَةِ وَأَقْرَبُ إِلَىٰ تَحَقُّقِ الرِّضَا.

قَالَ: (وَإِنِ اسْتَأْجَرَ بَعِيرًا لِيَحْمِلَ عَلَيْهِ مِقْدَارًا مِنَ الزَّادِ فَأَكَلَ مِنْهُ فِي الطَّرِيقِ جَازَ لَهُ أَنْ يَرُدَّ عِوَضَ مَا أَكَلَ) ؛ لِأَنَّهُ اسْتَحَقَّ عَلَيْهِ حِمْلًا مُسَمًّىٰ فِي جَمِيعِ الطَّرِيقِ فَلَهُ أَنْ يَسْتَوْفِيَهُ (وَكَذَا غَيْرُ الزَّادِ مِنَ المَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ) ....

التقبل من شركة الوجوه، إلا أنه إنَّما قالَ هذه شركة الوجوه في الحقيقة لِمَا أنَّ قبول الأستاذ العمل لوجاهته.

قوله: لِلْجَهَالَةِ، أي لجهالة قدر المحمل من الطُّول والعرض والثقل، والوطء الفرشَ، وَالدُّثُرَ، جمع دِثار وهو كلُّ ما ألقيته عليك من كساءٍ وغيره.

وَرَدُّ الزَّادِ مُعْتَادٌ عِنْدَ البَعْضِ كَرَدِّ المَاءِ فَلَا مَانِعَ مِنَ العَمَلِ بِالْإِطْلَاقِ.

* * *

قوله: وَرَدُّ الزَّادِ مُعْتَادٌ عِنْدَ البَعْضِ، هذا جوابُ إشكالٍ وهو أن يقال: مطلق العقد محمولٌ على العادة، وفي عادات المسافرين أنَّهم يأكلون من الزاد ولا يردون شيئًا مكانه؟ فأجابَ أنَّ العرف مشتركٌ فإنه معتادٌ عند البعض فكان العملُ بالإطلاق أَوْلَىٰ، وهو أنَّ المكارى قبل الحمل المسمَّىٰ من موضع ذلك، وإنَّما يكون ذلك بردِّ ما انتقصَ من الزاد فلا مانعَ من العمل بالإطلاق.

* * *

كِتَابُ المُكَاتَبِ

قَالَ: (وَإِذَا كَاتَبَ المَوْلَىٰ عَبْدَهُ أَوْ أَمَتَهُ عَلَىٰ مَالٍ شَرَطَهُ عَلَيْهِ وَقَبِلَ العَبْدُ ذٰلِكَ صَارَ مُكَاتَبًا) أَمَّا الجَوَازُ فَلِقَوْلِهِ تَعَالَىٰ ﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ [النور: ٣٣] وَهٰذَا لَيْسَ أَمْرَ إِيجَابٍ بِإِجْمَاعٍ بَيْنَ الفُقَهَاءِ، وَإِنَّمَا هُوَ أَمْرُ نَدْبٍ هُوَ الصَّحِيحُ. وَفِي الحَمْلِ عَلَى الإِبَاحَةِ

كتاب المُكاتَب

الكتابة التحرير يدًا في الحال، ورقبةً عند أداء المال، وهذا التَّركيبُ يدلُّ على الجمع، ومنه كتب الكتاب لأنه جمع الحروف وضمٌّ بعضها إلىٰ بعضٍ، وكتب الشفاء حرَّره، والكتيبة الطائفة من الجيش، فسُمِّيَ هذا العقد الذي جرىٰ بين المولىٰ وعبده كتابةً لأنه لا يخلو عن كتب الوثيقة عادةً، وركنها الإيجاب والقبول، وحكمها صيرورة العبد أخصَّ بنفسه ومنافع نفسه من سيِّده، حتَّىٰ لا يبقىٰ له عليه ولا علىٰ أكسابه سبيلٌ، وشرطُ جوازها قيام الرقِّ في المحل.

قوله: وَهٰذَا لَيْسَ أَمْرَ إِيجَابٍ بِإِجْمَاعٍ بَيْنَ الفُقَهَاءِ، خصَّ الفقهاء لأنَّ عند أصحاب الظواهر، كداوُد الأصفهانِي ومن تابعه، هذا أمرُ إيجابٍ إذا طلبَ العبد من مولاه أن يكاتبه وقد علم المولىٰ فيه خيرًا يجبُ عليه أن يكاتبه، لأنَّ الأمر يفيد الوجوبَ.

قوله: وَإِنَّمَا هُوَ أَمْرُ نَدْبٍ هُوَ الصَّحِيحُ، وقال بعض مشايخنا: الأمرُ قد يكون

إِلْغَاءُ الشَّرْطِ إِذْ هُوَ مُبَاحٌ بِدُونِهِ، أَمَّا النَّدْبِيَّةُ مُعَلَّقَةٌ بِهِ، وَالْمُرَادُ بِالْخَيْرِ الْمَذْكُورِ عَلَىٰ مَا قِيلَ أَنْ لَا يَضُرَّ بِالْمُسْلِمِينَ بَعْدَ العِتْقِ، فَإِنْ كَانَ يَضُرُّ بِهِمْ فَالْأَفْضَلُ أَنْ لَا يُكَاتِبَهُ وَإِنْ كَانَ يَصِحُّ لَوْ فَعَلَهُ. وَأَمَّا اشْتِرَاطُ قَبُولِ العَبْدِ فَلِأَنَّهُ مَالٌ يَلْزَمُهُ فَلَا بُدَّ مِنَ التِزَامِهِ وَلَا يُعْتَقُ إِلَّا بِأَدَاءِ كُلِّ البَدَلِ لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «أَيُّمَا عَبْدٍ كُوتِبَ عَلَىٰ مِائَةِ دِينَارٍ فَأَدَّاهَا إِلَّا عَشَرَةَ دَنَانِيرَ فَهُوَ عَبْدٌ» وَقَالَ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «الْمُكَاتَبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ دِرْهَمٌ» وَفِيهِ اخْتِلَافُ الصَّحَابَةِ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ -، وَمَا اخْتَرْنَاهُ قَوْلُ زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - وَيُعْتَقُ بِأَدَائِهِ وَإِنْ لَمْ يَقُلِ المَوْلَىٰ إِذَا أَدَّيْتَهَا فَأَنْتَ حُرٌّ لِأَنَّ مُوجِبَ العَقْدِ يَثْبُتُ

لبيان الإباحة، كقوله تعالىٰ: ﴿وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا﴾ [المائدة: ٢] وقوله: ﴿إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ [النور: ٣٣] مذكورٌ علىٰ وفاق العادة، لأنَّ المولىٰ إنَّما يكاتب عبده إذا علم فيه خيرًا ولكن هذا ضعيفٌ، لأنَّ فيه إلغاء الشرط إذ الإباحة ثابتة بدون هذا الشرط.

قوله: وَفِيهِ اخْتِلَافُ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللهُ تَعَالَىٰ عَنْهُمْ، قال زيدُ بن ثابتٍ رضيَ الله تعالىٰ عنه مثل قولنا، وقال عليٌّ رضي الله تعالىٰ عنه: يعتق بقدر ما أدَّىٰ، وقال ابن مسعودٍ رضيَ الله تعالىٰ عنه: إذا أدَّىٰ قدرَ قيمته يعتقُ، وفيما زادَ علىٰ ذلك يكون المولىٰ غريمًا من غرمائه، وقال ابن عباس رضيَ الله تعالىٰ عنهما: يعتقُ بنفس العقد ويكون المولىٰ غريمًا من غرمائه، وإنَّما اخترنا قولَ زيدٍ رضيَ الله تعالىٰ عنه لقوله عليه الصلاة والسلام: «أيُّما عبدٍ كوتب علىٰ مائة دينارٍ فأدَّاها إلا عشرة دنانير فهو عبدٌ».

قوله: لِأَنَّ مُوجِبَ العَقْدِ يَثْبُتُ مِنْ غَيْرِ التَّصْرِيحِ بِهِ، وعند الشافعي رحمه الله

مِنْ غَيْرِ التَّصْرِيحِ بِهِ كَمَا فِي البَيْعِ، وَلَا يَجِبُ حَطُّ شَيْءٍ مِنَ البَدَلِ اعْتِبَارًا بِالْبَيْعِ.

قَالَ: (وَيَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِطَ المَالَ حَالًّا وَيَجُوزُ مُؤَجَّلًا وَمُنَجَّمًا) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ -: لَا يَجُوزُ حَالًّا وَلَا بُدَّ مِنْ نَجْمَيْنِ، لِأَنَّهُ عَاجِزٌ عَنِ التَّسْلِيمِ فِي زَمَانٍ قَلِيلٍ لِعَدَمِ الأَهْلِيَّةِ قَبْلَهُ لِلرِّقِّ، ....

تعالىٰ لا يعتقُ ما لم يقل: كاتبتُكَ علىٰ كذا إن أدَّيته إليَّ فأنت حُرٌّ، وحاصل الاختلاف راجعٌ إلىٰ تفسير الكتابة، فعندنا تفسيرها شرعًا جمع حرية اليد إلىٰ حرية الرقبة عند الأداء فكأنَّه قال: أوجبتُ لكَ حريَّة اليد إلىٰ حرية الرقبة عند الأداء، ولو نصَّ لكانَ يعتق عند الأداء، كذا هذا، وعلىٰ مذهبه تفسيرها ضمُّ نجمٍ إلىٰ نجمٍ لا ضمُّ حريةٍ إلىٰ حريةٍ، ولو نصَّ عليه لا يعتق بأن قال: ضربتُ عليكَ ألفًا علىٰ أن تؤديها إليَّ كل شهرٍ كذا، هذا في المبسوط.

قوله: وَلَا يَجِبُ حَطُّ شَيْءٍ مِنَ البَدَلِ، وقال الشافعي رحمه الله تعالىٰ: يجبُ حطُّ رُبع البدل لقوله تعالىٰ: ﴿ وَءَاتُوهُم مِّن مَّالِ ٱللَّهِ ٱلَّذِىٓ ءَاتَىٰكُمْ ﴾ [النور: ٣٣]، وعن عليٍّ رضي الله تعالىٰ عنه موقوفًا عليه ومرفوعًا إلىٰ رسول الله عليه الصلاة والسلام أنه قرأ هذه الآيةَ وقال هو رُبع الكتابة، ولنا أنه عقد معاوضة ولا يجب الحطُّ في سائر المعاوضات كذا فيها، وهذا لأنَّ الكتابة سببٌ لوجوب مال الكتابة على العبد فلا تكون سببًا بعينه لاستحقاق الحطِّ الذي يضادُّ الوجوبَ كالبيع والأمر للندب كالأمر بالكتابة، وعن الكلبي: المراد بالإيتاء دفعُ الصدقة إليهم، رواه عن جماعة من الصحابة رضي الله تعالىٰ عنهم وهو الظاهر، لأنَّ الإيتاء يدلُّ على التمليك، وذا في التصدُّق عليهم لأنَّ الحطَّ لا يكون تمليكًا.

بِخِلَافِ السَّلَمِ عَلَىٰ أَصْلِهِ لِأَنَّهُ أَهْلٌ لِلْمِلْكِ فَكَانَ احْتِمَالُ الْقُدْرَةِ ثَابِتًا، وَقَدْ دَلَّ الإِقْدَامُ عَلَى العَقْدِ عَلَيْهَا فَيَثْبُتُ. وَلَنَا ظَاهِرُ مَا تَلَوْنَا مِنْ غَيْرِ شَرْطِ التَّنْجِيمِ، وَلِأَنَّهُ عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ وَالْبَدَلُ مَعْقُودٌ بِهِ فَأَشْبَهَ الثَّمَنَ فِي البَيْعِ فِي عَدَمِ اشْتِرَاطِ القُدْرَةِ عَلَيْهِ، بِخِلَافِ السَّلَمِ عَلَىٰ أَصْلِنَا لِأَنَّ المُسَلَّمَ فِيهِ مَعْقُودٌ عَلَيْهِ فَلَا بُدَّ مِنَ القُدْرَةِ عَلَيْهِ، وَلِأَنَّ مَبْنَى الكِتَابَةِ عَلَى المُسَاهَلَةِ فَيُمْهِلُهُ المَوْلَىٰ ظَاهِرًا، بِخِلَافِ السَّلَمِ لِأَنَّ

قوله: بِخِلَافِ السَّلَمِ عَلَىٰ أَصْلِهِ، فإنَّ أصل الشافعي رحمه الله تعالىٰ أنَّ السلم الحال يجوز.

قوله: وَلَنَا ظَاهِرُ مَا تَلَوْنَا، يعني قوله تعالىٰ: ﴿ فَكَاتِبُوهُمْ ﴾ [النور: ٣٣] الآية، فمن شرط التأجيلَ فقد زادَ على النصِّ والزيادةُ على النصِّ فسخٌ من وجهٍ.

قوله: وَالْبَدَلُ مَعْقُودٌ بِهِ فَأَشْبَهَ الثَّمَنَ فِي البَيْعِ، ولهذا يجوز الاستبدالُ به قبل القبض وهذا آية الثمنية، ولا يُقال: العجزُ عن الأداء يوجبُ الفسخ وهذا آية المبيعة؟ لأنا عملنا بالشبهين، وقلنا بالفسخ عند العجز لكونه مبيعًا، وبعدم اشتراط القدرة عليه عند العقد لكونه ثمنًا، بخلاف المسلم فيه فإنه مبيعٌ من كلِّ وجهٍ حتَّىٰ لا يجوز استبداله والقدرةُ علىٰ تسليم المبيع شرطٌ لجواز البيع فلا بُدَّ من الأجل الممكن له من التسليم.

قوله: وَلِأَنَّ مَبْنَى الكِتَابَةِ عَلَى المُسَاهَلَةِ، لأنَّها عقدٌ كريمٌ، إذ العبد وما في يده لمولاه، فيكون الظاهرُ أنه لا يضيقُ عليه ولا يطالبه بالأداء ما لم يعلم قدرته عليه، إلا أنه لم يذكر الأجلَ ليكون متفضلًا في تأخير المطالبة في الانتهاء، كما كان منعمًا عليه في أصل العقد في الابتداء، بخلاف السَّلم لأنَّ مبناه على المضايقة فلا يمهله إذا عجزَ، فيجوز

مَبْنَاهُ عَلَىٰ المُضَايَقَةِ وَفِي الحَالِ كَمَا امْتَنَعَ مِنَ الأَدَاءِ يُرَدُّ إِلَى الرِّقِّ.

قَالَ: (وَتَجُوزُ كِتَابَةُ العَبْدِ الصَّغِيرِ إِذَا كَانَ يَعْقِلُ الشِّرَاءَ وَالْبَيْعَ) لِتَحَقُّقِ الإِيجَابِ وَالْقَبُولِ، إِذِ العَاقِلُ مِنْ أَهْلِ القَبُولِ وَالتَّصَرُّفُ نَافِعٌ فِي حَقِّهِ. وَالشَّافِعِيُّ يُخَالِفُنَا فِيهِ وَهُوَ بِنَاءً عَلَىٰ مَسْأَلَةِ إِذْنِ الصَّبِيِّ فِي التِّجَارَةِ، وَهٰذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ لَا يَعْقِلُ البَيْعَ وَالشِّرَاءَ لِأَنَّ القَبُولَ لَا يَتَحَقَّقُ مِنْهُ فَلَا يَنْعَقِدُ العَقْدُ، حَتَّىٰ لَوْ أَدَّىٰ عَنْهُ غَيْرُهُ لَا يَعْتِقُ وَيَسْتَرِدُّ مَا دَفَعَ.

قَالَ: (وَمَنْ قَالَ لِعَبْدِهِ: جَعَلْتُ عَلَيْكَ أَلْفًا تُؤَدِّيهَا إِلَيَّ نُجُومًا أَوَّلُ النَّجْمِ كَذَا وَآخِرُهُ كَذَا فَإِذَا أَدَّيْتَهَا فَأَنْتَ حُرٌّ وَإِنْ عَجَزْتَ فَأَنْتَ رَقِيقٌ

مؤجلًا لا حالًا.

قوله: وَفِي الحَالِ كَمَا امْتَنَعَ مِنَ الأَدَاءِ يُرَدُّ إِلَى الرِّقِّ، أي في الكتابة الحالة يردُّ إلى الرقِّ كما عجزَ، لأنَّ شرطَ الفسخ عجز المكاتب عن أداء البدل وقد وجد.

قوله: إِذَا كَانَ يَعْقِلُ الشِّرَاءَ وَالْبَيْعَ، يعني يعقلُ أنَّ الشراء جالبٌ والبيع سالبٌ.

قوله: جَعَلْتُ عَلَيْكَ أَلْفًا - إلىٰ قوله - فَإِذَا أَدَّيْتَهَا فَأَنْتَ حُرٌّ، فقوله: إِذَا أَدَّيْتَهَا فَأَنْتَ حُرٌّ، لا بُدَّ منه لأنَّ قوله: جَعَلْتُ عَلَيْكَ، يحتمل الكتاب ويحتمل الضريبة لأنَّ المولىٰ يستبد بضربة عبده فلا يتعيَّن جهة الكتابة إلَّا بقوله إذا أدَّيتَها فأنتَ حُرٌّ، بخلاف قوله كاتبتك لعدم الاحتمال، وقوله: وَإِنْ عَجَزْتَ فَأَنْتَ رَقِيقٌ، لا يحتاجُ إليه ههنا وفي الكتابة أيضًا، وإنَّما ذكره حثًّا للعبد على الأداء عند النجوم.

فَإِنَّ هٰذِهِ مُكَاتَبَةٌ) لِأَنَّهُ أَتَىٰ بِتَفْسِيرِ الكِتَابَةِ، وَلَوْ قَالَ: إِذَا أَدَّيْتَ إِلَيَّ أَلْفًا كُلَّ شَهْرٍ مِائَةً فَأَنْتَ حُرٌّ فَهٰذِهِ مُكَاتَبَةٌ فِي رِوَايَةِ أَبِي سُلَيْمَانَ. لِأَنَّ التَّنْجِيمَ يَدُلُّ عَلَىٰ الوُجُوبِ وَذٰلِكَ بِالْكِتَابَةِ. وَفِي نُسَخِ أَبِي حَفْصٍ لَا تَكُونُ مُكَاتَبَةً اعْتِبَارًا بِالتَّعْلِيقِ بِالْأَدَاءِ مَرَّةً.

قَالَ: (وَإِذَا صَحَّتِ الكِتَابَةُ خَرَجَ المُكَاتَبُ عَنْ يَدِ المَوْلَىٰ وَلَمْ يَخْرُجْ عَنْ مِلْكِهِ) أَمَّا الخُرُوجُ مِنْ يَدِهِ فَلِتَحْقِيقِ مَعْنَىٰ الكِتَابَةِ وَهُوَ الضَّمُّ فَيَضُمُّ مَالِكِيَّةَ يَدِهِ إِلَىٰ مَالِكِيَّةِ نَفْسِهِ أَوْ لِتَحْقِيقِ مَقْصُودِ الكِتَابَةِ وَهُوَ

قوله: فَإِنَّ هٰذِهِ مُكَاتَبَةٌ، حتَّىٰ لا يجوزُ بيعه ويجوزُ فسخها بالتَّراضي، ولو أدَّىٰ بعض البدل لم يبقَ محلًّا للتكفير، بخلاف المعلق عتقه بأداء المال فإنَّ هذه الأحكام تنعكسُ في حقه.

قوله: لِأَنَّ التَّنْجِيمَ يَدُلُّ عَلَى الوُجُوبِ وَذٰلِكَ بِالْكِتَابَةِ، لأنَّ التنجيمَ للتخفيف والتيسير وذلك في المال ولا يجبُ المال إلا بالكتابة لأنَّ المولىٰ لا يستوجبُ علىٰ عبده دينًا إلَّا بالكتابة، فعرفنا أنَّ المولىٰ قصدَ إيجاب البدل بهذا التنجيم، وفي نُسُخ أبي حفص رحمه الله تعالىٰ: لا يكون مكاتبةً، قال فخر الإسلام في المبسوط: وهو الأصحُّ، بدليل أنه لو قال إذا أديتَ إليَّ ألفًا في هذا الشهر فأنتَ حُرٌّ لا يكون كتابةً، كذا ههنا، والتنجيمُ ليسَ من خصائص الكتابة حتَّىٰ يجعل تفسير الكتابة لأنه قد يكون في سائر الدين وقد تخلو الكتابة عنه، وذكر لفظ تختصُّ به الكتابة لم يوجد ههنا فلا كتابةَ.

قوله: فَيَضُمُّ مَالِكِيَّةَ يَدِهِ إِلَىٰ مَالِكِيَّةِ نَفْسِهِ، أي يضمُّ مالكية يده في الحال إلىٰ مالكية نفسه في المال، لأنه ملك نفسه من وجهٍ، ولهذا لو وطئها المولىٰ يجبُ العقرُ، ولذلك يجب الأرش لو جنىٰ عليها، ولا يكون ذلك إلا بأن يكون مالكًا لأجزائه من وجهٍ،

أَدَاءُ البَدَلِ فَيَمْلِكُ البَيْعَ وَالشِّرَاءَ وَالْخُرُوجَ إِلَى السَّفَرِ وَإِنْ نَهَاهُ المَوْلَىٰ، وَأَمَّا عَدَمُ الخُرُوجِ عَنْ مِلْكِهِ فَلِمَا رَوَيْنَا، وَلِأَنَّهُ عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ وَمَبْنَاهُ عَلَىٰ المُسَاوَاةِ، وَيَنْعَدِمُ ذٰلِكَ بِتَنَجُّزِ العِتْقِ وَيَتَحَقَّقُ بِتَأَخُّرِهِ لِأَنَّهُ يَثْبُتُ لَهُ نَوْعُ مَالِكِيَّةٍ وَيَثْبُتُ لَهُ فِي الذِّمَّةِ حَقٌّ مِنْ وَجْهٍ (فَإِنْ أَعْتَقَهُ عَتَقَ بِعِتْقِهِ) لِأَنَّهُ مَالِكٌ لِرَقَبَتِهِ (وَسَقَطَ عَنْهُ بَدَلُ الكِتَابَةِ) لِأَنَّهُ مَا التَزَمَهُ إِلَّا مُقَابَلًا بِحُصُولِ العِتْقِ بِهِ وَقَدْ حَصَلَ دُونَهُ.

قَالَ: (وَإِذَا وَطِئَ المَوْلَىٰ مُكَاتَبَتَهُ لَزِمَهُ العُقْرُ) لِأَنَّهَا صَارَتْ أَخَصَّ بِأَجْزَائِهَا تَوَسُّلًا إِلَى المَقْصُودِ بِالْكِتَابَةِ وَهُوَ الوُصُولُ إِلَى البَدَلِ مِنْ جَانِبِهِ وَإِلَىٰ الحُرِّيَّةِ مِنْ جَانِبِهَا بِنَاءً عَلَيْهِ، وَمَنَافِعُ البُضْعِ مُلْحَقَةٌ بِالْأَجْزَاءِ وَالْأَعْيَانِ (وَإِنْ جَنَىٰ عَلَيْهَا أَوْ عَلَىٰ وَلَدِهَا لَزِمَتْهُ الجِنَايَةُ)

وحقيقة مالكية النفس عند أداء جميع البدل.

قوله: فَلِمَا رَوَيْنَا، وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «المكاتبُ عبدٌ ما بقي عليه درهمٌ».

قوله: وَيَثْبُتُ لَهُ فِي الذِّمَّةِ حَقٌّ مِنْ وَجْهٍ، أصلُ البدل يجبُ للمولىٰ في ذمته لكنه ضعيفٌ لا يتمُّ ملكه فيه إلا بالقبض، لأنَّ قبوله في ذمته مع المنافي إذ المولىٰ لا يستوجب علىٰ عبده دينًا، ولهذا لا تصحُّ الكفالة به فيثبتُ للعبد بمقابلة مالكيةٍ ضعيفةٍ أيضًا، فإذا تمَّ الملك للمولىٰ بالقبض تتمُّ المالكية للعبد أيضًا، وتمامُ المالكية لا يكون إلا بالعتق فيعتقُ ضرورة إتمام المالكية.

لِمَا بَيَّنَّا (وَإِنْ أَتْلَفَ مَالًا لَهَا غَرِمَ) لِأَنَّ المَوْلَىٰ كَالْأَجْنَبِيِّ فِي حَقِّ أَكْسَابِهَا وَنَفْسِهَا، إِذْ لَوْ لَمْ يُجْعَلْ كَذٰلِكَ لَأَتْلَفَهُ المَوْلَىٰ فَيَمْتَنِعُ حُصُولُ الغَرَضِ المُبْتَغَىٰ بِالْعَقْدِ، وَاللهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

قوله: لِمَا بَيَّنَّا، إشارةٌ إلىٰ قوله: لِأَنَّهَا صَارَتْ أَخَصَّ بِأَجْزَائِهَا تَوَسُّلًا إِلَى المَقْصُودِ.

* * *

فَصْلٌ فِي الكِتَابَةِ الفَاسِدَةِ

قَالَ: (وَإِذَا كَاتَبَ المُسْلِمُ عَبْدَهُ عَلَىٰ خَمْرٍ أَوْ خِنْزِيرٍ أَوْ عَلَىٰ قِيمَةِ نَفْسِهِ فَالْكِتَابَةُ فَاسِدَةٌ) أَمَّا الأَوَّلُ فَلِأَنَّ الخَمْرَ وَالْخِنْزِيرَ لَا يَسْتَحِقُّهُ المُسْلِمُ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَالٍ فِي حَقِّهِ فَلَا يَصْلُحُ بَدَلًا فَيَفْسُدُ العَقْدُ. وَأَمَّا الثَّانِي فَلِأَنَّ القِيمَةَ مَجْهُولَةٌ قَدْرًا وَجِنْسًا وَوَصْفًا فَتَفَاحَشَتِ الجَهَالَةُ وَصَارَ كَمَا إِذَا كَاتَبَ عَلَىٰ ثَوْبٍ أَوْ دَابَّةٍ، وَلِأَنَّهُ تَنْصِيصٌ عَلَىٰ مَا هُوَ مُوجِبُ العَقْدِ الفَاسِدِ لِأَنَّهُ مُوجِبٌ لِلْقِيمَةِ.

فصل في الكتابة الفاسدة

قوله: لَيْسَ بِمَالٍ فِي حَقِّهِ، أي ليسَ بمالٍ متقومٍ.

قوله: فَلِأَنَّ القِيمَةَ مَجْهُولَةٌ قَدْرًا وَجِنْسًا وَوَصْفًا، أمَّا جنسًا فلأنَّها مرَّةً تكون من الدَّراهم وطورًا من الدنانير، وأمَّا قدرًا فإنَّها يختلف مقدارها باختلاف المقومين، وأمَّا وصفًا فإنَّها تكون جيدًا ووسطًا ورديًا.

قوله: وَصَارَ كَمَا إِذَا كَاتَبَ عَلَىٰ ثَوْبٍ أَوْ دَابَّةٍ، يعني أنَّ الكتابةَ على القيمة بمنزلة الكتابة علىٰ ثوبٍ أو دابةٍ، وإنه لا يجوز، لأنَّ الثوبَ أو الدابةَ أجناسٌ مختلفةٌ، وما هو مجهول الجنس لا يثبتُ دينًا في الذمة كما في النكاح.

قوله: وَلِأَنَّهُ تَنْصِيصٌ عَلَىٰ مَا هُوَ مُوجِبُ العَقْدِ الفَاسِدِ لِأَنَّهُ مُوجِبٌ لِلْقِيمَةِ، فإن

قَالَ: (فَإِنْ أَدَّىٰ الخَمْرَ عَتَقَ) وَقَالَ زُفَرُ: لَا يُعْتَقُ إِلَّا بِأَدَاءِ قِيمَةِ نَفْسِهِ، لِأَنَّ البَدَلَ هُوَ القِيمَةُ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ -: أَنَّهُ يُعْتَقُ بِأَدَاءِ الخَمْرِ لِأَنَّهُ بَدَلٌ صُورَةً، وَيُعْتَقُ بِأَدَاءِ القِيمَةِ أَيْضًا لِأَنَّهُ هُوَ البَدَلُ مَعْنًىٰ. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ إِنَّمَا يُعْتَقُ بِأَدَاءِ عَيْنِ الخَمْرِ إِذَا قَالَ إِنْ أَدَّيْتَهَا فَأَنْتَ حُرٌّ لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ يَكُونُ العِتْقُ بِالشَّرْطِ لَا بِعَقْدِ الكِتَابَةِ، وَصَارَ كَمَا إِذَا كَاتَبَ عَلَىٰ مَيْتَةٍ أَوْ دَمٍ وَلَا فَصْلَ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ. وَوَجْهُ الفَرْقِ بَيْنَهُمَا وَبَيْنَ المَيْتَةِ أَنَّ الخَمْرَ وَالْخِنْزِيرَ مَالٌ

قيل: لو كاتبه علىٰ عبدٍ وسطٍ أو عبدٍ مطلقٍ يجوز، وإن كانت القيمة تجب بهذه التسمية حتّىٰ لو أتىٰ بقيمة عبدٍ وسطٍ يجبر على القبول؟ قلنا: القيمة فيما نحنُ بصدده يجبُ قصدًا لا حكمًا لمكان التصريح بالقيمة، ويجبُ ثمَّة حكمًا لا قصدًا لأنه تصريحٌ بالعبد، وقد يثبت الشيء حكمًا وضمنًا لغيره وإن كان لا يثبت قصدًا كبيع الأجنبية ونحوها.

قوله: فَإِنْ أَدَّى الخَمْرَ عَتَقَ، وفي المبسوط: وإن أدَّاه قبل أن يترافعا إلى القاضي وقد كان قال له أنت حرٌّ إذا أدَّيتَها أو لم يقل فإنه يعتقُ ويسعىٰ في قيمته، لأنَّ هذا العقدَ فاسدٌ فيلزمه ردُّ رقبته لأجل الفساد، وقد تعذَّر ردُّه لتقرر العتق فيه فيلزم قيمته كالمشتري شراءً فاسدًا إذا أعتَقَ المبيعَ قبل القبض، وقال زُفرُ رحمه الله تعالىٰ: لا يُعتق إلا بأداء قيمة نفسه لأنَّ البدلَ هو القيمة، أي في الكتابة الفاسدة كما في بيع الفاسد، وفي نِسَخِ الهداية: لا يعتق إلا بأداء قيمة الخمر، وإنه مشكلٌ جدًّا مخالف لعامة روايات الكتب، فإنَّ فيها لا يعتق إلا بأداء قيمة نفسه، ولو قيل بأنَّ المراد قيمة العبد أضيفت إلى الخمر بأدنىٰ ملابسةٍ وهو وجوبُها عند ذكر الخمر في البدل لكان وجهًا متكلفًا.

قوله: وَلَا فَصْلَ فِي ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ، أي يعتقُ بأداء الخمر، صرَّح بذكر الشرط أو

فِي الجُمْلَةِ فَأَمْكَنَ اعْتِبَارُ مَعْنَىٰ العَقْدِ فِيهِ، وَمُوجِبُهُ العِتْقُ عِنْدَ أَدَاءِ العِوَضِ المَشْرُوطِ. وَأَمَّا المَيْتَةُ فَلَيْسَتْ بِمَالٍ أَصْلًا فَلَا يُمْكِنُ اعْتِبَارُ مَعْنَىٰ العَقْدِ فِيهِ فَاعْتُبِرَ فِيهِ مَعْنَىٰ الشَّرْطِ وَذٰلِكَ بِالتَّنْصِيصِ عَلَيْهِ (وَإِذَا عَتَقَ بِأَدَاءِ عَيْنِ الخَمْرِ لَزِمَهُ أَنْ يَسْعَىٰ فِي قِيمَتِهِ) لِأَنَّهُ وَجَبَ عَلَيْهِ رَدُّ رَقَبَتِهِ لِفَسَادِ العَقْدِ وَقَدْ تَعَذَّرَ بِالْعِتْقِ فَيَجِبُ رَدُّ قِيمَتِهِ كَمَا فِي البَيْعِ الفَاسِدِ إِذَا تَلِفَ المَبِيعُ.

قَالَ: (وَلَا يَنْقُصُ عَنِ المُسَمَّىٰ وَيُزَادُ عَلَيْهِ) لِأَنَّهُ عَقْدٌ فَاسِدٌ فَتَجِبُ القِيمَةُ عِنْدَ هَلَاكِ المُبْدَلِ بَالِغَةً مَا بَلَغَتْ كَمَا فِي البَيْعِ الفَاسِدِ، وَهٰذَا لِأَنَّ المَوْلَىٰ مَا رَضِيَ بِالنُّقْصَانِ وَالْعَبْدُ رَضِيَ بِالزِّيَادَةِ كَيْ لَا يَبْطُلَ حَقُّهُ فِي العِتْقِ أَصْلًا فَتَجِبُ قِيمَتُهُ بَالِغَةً مَا بَلَغَتْ، وَفِيمَا إِذَا كَاتَبَهُ عَلَىٰ قِيمَتِهِ يُعْتَقُ بِأَدَاءِ القِيمَةِ لِأَنَّهُ هُوَ البَدَلُ. وَأَمْكَنَ اعْتِبَارُ مَعْنَىٰ

لم يصرح.

قوله: وَالْعَبْدُ رَضِيَ بِالزِّيَادَةِ كَيْ لَا يَبْطُلَ حَقُّهُ فِي العِتْقِ أَصْلًا، أي الظاهر من حال العبد أنه يرضىٰ بالزيادة على المسمَّىٰ لينالَ شرفَ الحرية، أو لأنَّ العبد لمَّا أقدم على الكتابة الفاسدة والواجب فيها القيمة فقد رضي بأداء قيمته وإن زادت القيمة على المسمَّىٰ.

قوله: وَفِيمَا إِذَا كَاتَبَهُ عَلَىٰ قِيمَتِهِ - إذا أدَّى القيمة - يُعْتَقُ، لأنَّها البدلُ، وإنما يثبت أداء القيمة بتصادقهما أو بأداء أقصىٰ ما يقع به تقويم المقوِّمين.

العَقْدِ فِيهِ وَأَثَرُ الجَهَالَةِ فِي الفَسَادِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَاتَبَهُ عَلَىٰ ثَوْبٍ حَيْثُ لَا يُعْتَقُ بِأَدَاءِ ثَوْبٍ لِأَنَّهُ لَا يُوقَفُ فِيهِ عَلَىٰ مُرَادِ العَاقِدِ لِاخْتِلَافِ أَجْنَاسِ الثَّوْبِ فَلَا يَثْبُتُ العِتْقُ بِدُونِ إِرَادَتِهِ.

قَالَ: (وَكَذٰلِكَ إِنْ كَاتَبَهُ عَلَىٰ شَيْءٍ بِعَيْنِهِ لِغَيْرِهِ لَمْ يَجُزْ) لِأَنَّهُ لَا يَقْدِرُ عَلَىٰ تَسْلِيمِهِ. وَمُرَادُهُ شَيْءٍ يَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ، حَتَّىٰ لَوْ قَالَ كَاتَبْتُكَ عَلَىٰ هٰذِهِ الأَلْفِ الدَّرَاهِمِ وَهِيَ لِغَيْرِهِ جَازَ لِأَنَّهَا لَا تَتَعَيَّنُ فِي المُعَاوَضَاتِ فَيَتَعَلَّقُ بِدَرَاهِمَ دَيْنٍ فِي الذِّمَّةِ فَيَجُوزُ. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَضِيَ اللهُ

قوله: وَأَثَرُ الجَهَالَةِ فِي الفَسَادِ، يعني لا في إبطال العقود، هذا جوابُ إشكالٍ وهو أن يقال: أنَّ القيمة مجهولةٌ كجهالة الثوب فينبغي أن تؤثرَ تلك الجهالة في فساد العقد علىٰ وجهٍ لا يعتقُ بأداء القيمة كما لا يعتقُ بأداء الثوب؟ فأجابَ بأنَّ جهالة القيمة مستدركةٌ تحترزُ منه بأداءِ أكثرِ ما يقعُ به تقويم المقوِّمين ولا توقف علىٰ أداء المشروط، وفي الثوب فاسم الثوب كما يتناولُ ما أدَّىٰ يتناولُ غيره ومعلومٌ أنَّ مراده ليسَ بمطلق الثوب لأنه لا يزيلُ ملكه عن العبد لأيِّ ثوبٍ كان فكان المرادُ معينًا ولا يدري أنَّ المؤدَّىٰ هل هو ذلك المعين أم لا فلا يثبت الأداء، فإن قيل: ينبغي أن يعتقَ بأداء ثوبٍ اعتبارًا لجهة التعليق إذ الكتابة تضمَّنت المعاوضةُ والتعليقُ، فإذا بطلَ معنى المعاوضة لجهالة الثوب بقي معنى التعليق فيعتقُ كما إذا قال: إن أدَّيتَ إليَّ ثوبًا فأيِّ ثوبٍ أدَّىٰ عتقَ، كذلك ههنا؟ قلنا: التعليقُ في ضمن المعاوضة، فإذا بطلت جهة المعاوضة بطلت تلك الجهة أيضًا، لأنَّ المتضمَّنَ يبطلُ ببطلان المتضمِّن.

قوله: لِأَنَّهُ لَا يَقْدِرُ عَلَىٰ تَسْلِيمِهِ، لأنَّ ملكَ الغير غيرَ مقدور التسليم.

عَنْهُ - فِي رِوَايَةِ الحَسَنِ أَنَّهُ يَجُوزُ، حَتَّىٰ إِذَا مَلَكَهُ وَسَلَّمَهُ يُعْتَقُ، وَإِنْ عَجَزَ يُرَدُّ فِي الرِّقِّ لِأَنَّ المُسَمَّىٰ مَالٌ وَالْقُدْرَةَ عَلَى التَّسْلِيمِ مَوْهُومٌ فَأَشْبَهَ الصَّدَاقَ. قُلْنَا: إِنَّ العَيْنَ فِي المُعَاوَضَاتِ مَعْقُودٌ عَلَيْهِ وَالْقُدْرَةُ عَلَى المَعْقُودِ عَلَيْهِ شَرْطٌ لِلصِّحَّةِ إِذَا كَانَ العَقْدُ يَحْتَمِلُ الفَسْخَ كَمَا فِي البَيْعِ، بِخِلَافِ الصَّدَاقِ فِي النِّكَاحِ لِأَنَّ القُدْرَةَ عَلَىٰ مَا هُوَ المَقْصُودُ بِالنِّكَاحِ لَيْسَ بِشَرْطٍ، فَعَلَىٰ مَا هُوَ تَابِعٌ فِيهِ أَوْلَىٰ. فَلَوْ أَجَازَ صَاحِبُ العَيْنِ ذٰلِكَ فَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ يَجُوزُ لِأَنَّهُ يَجُوزُ البَيْعُ عِنْدَ الإِجَازَةِ فَالْكِتَابَةُ أَوْلَىٰ. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ لَا يَجُوزُ اعْتِبَارًا بِحَالِ عَدَمِ الإِجَازَةِ عَلَىٰ مَا قَالَ فِي الكِتَابِ، وَالْجَامِعُ أَنَّهُ لَا يُفِيدُ مِلْكَ المَكَاسِبِ وَهُوَ المَقْصُودُ لِأَنَّهَا تَثْبُتُ لِلْحَاجَةِ إِلَى الأَدَاءِ مِنْهَا وَلَا حَاجَةَ فِيمَا إِذَا كَانَ البَدَلُ عَيْنًا مُعَيَّنًا، وَالْمَسْأَلَةُ فِيهِ عَلَىٰ مَا

قوله: فَأَشْبَهَ الصَّدَاقَ، الجامعُ كون كلِّ واحد منهما عوضُ ما ليس بمالٍ، ولو تزوَّج علىٰ عبدٍ لغيره جازَ حتَّىٰ وجبت قيمته عند العجز عن التسليم، فكذا ههنا.

قوله: إِذَا كَانَ العَقْدُ يَحْتَمِلُ الفَسْخَ، تحرَّز به عن النكاح.

قوله: بِخِلَافِ الصَّدَاقِ فِي النِّكَاحِ لِأَنَّ القُدْرَةَ عَلَىٰ مَا هُوَ المَقْصُودُ بِالنِّكَاحِ لَيْسَ بِشَرْطٍ، أي شرطُ صحة التسمية في النكاح أن يكون المسمَّىٰ مالًا متقوِّمًا لا أن يكون مقدور التسليم، إذ القدرة علىٰ تسليم ما هو المقصودُ بالنكاح وهو البضعُ ليست بشرطٍ لصحَّة العقد، حتَّىٰ لو تزوَّج بنتًا سنة يجوز، وإن كانت القدرة معدومةً ففيما ليسَ

بَيَّنَّاهُ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَجُوزُ أَجَازَ ذٰلِكَ أَوْ لَمْ يَجُزْ، غَيْرَ أَنَّهُ عِنْدَ الإِجَازَةِ يَجِبُ تَسْلِيمُ عَيْنِهِ، وَعِنْدَ عَدَمِهَا يَجِبُ تَسْلِيمُ قِيمَتِهِ كَمَا فِي النِّكَاحِ، وَالْجَامِعُ بَيْنَهُمَا صِحَّةُ التَّسْمِيَةِ لِكَوْنِهِ مَالًا، وَلَوْ مَلَكَ المُكَاتَبُ ذٰلِكَ العَيْنَ، فَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - رَوَاهُ أَبُو يُوسُفَ أَنَّهُ إِذَا أَدَّاهُ لَا يُعْتَقُ، وَعَلَىٰ هٰذِهِ الرِّوَايَةِ لَمْ يَنْعَقِدِ العَقْدُ إِلَّا إِذَا قَالَ لَهُ إِذَا أَدَّيْتَ إِلَيَّ فَأَنْتَ حُرٌّ فَحِينَئِذٍ يُعْتَقُ بِحُكْمِ الشَّرْطِ، وَهٰكَذَا عَنْ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ -. وَعَنْهُ أَنَّهُ يُعْتَقُ قَالَ ذٰلِكَ أَوْ لَمْ يَقُلْ، لِأَنَّ العَقْدَ يَنْعَقِدُ مَعَ الفَسَادِ لِكَوْنِ المُسَمَّىٰ مَالًا فَيُعْتَقُ بِأَدَاءِ المَشْرُوطِ. وَلَوْ كَاتَبَهُ عَلَىٰ عَيْنٍ فِي يَدِ المُكَاتَبِ فَفِيهِ رِوَايَتَانِ، وَهِيَ مَسْأَلَةُ الكِتَابَةِ

بمقصود وهو المهر أَوْلىٰ.

قوله: وَلَوْ كَاتَبَهُ عَلَىٰ عَيْنٍ فِي يَدِ المُكَاتَبِ - أي علىٰ عينٍ هو من كسبه بأن كان مأذونًا في التجارة - فَفِيهِ رِوَايَتَانِ، وقد عرفت ذلك في الأصل أي في المبسوط، ذُكر فيه: عبدٌ مأذونٌ له في التجارة وفي يده عينٌ حصلَ من كسبه كاتبه المولىٰ علىٰ ذلك العين ففيه روايتان، أمَّا إذا كان في يده دراهم أو دنانير حصلت من كسبه يصحُّ علىٰ اتفاق الروايات، وجه الجواز أن هذه كتابةٌ علىٰ بدلٍ معلومٍ مقدور التسليم، وجه الفساد أنَّ الكتابة شُرعت علىٰ وجهٍ يختصُّ بمكاسبه فتثبتُ حرية اليد في الحال وتتَراخىٰ حرية الرقبة إلىٰ وقت الأداء، فلو جازت الكتابة هنا كان الأداء من مال المولىٰ، لأنَّ إكسابه وقت العقد مال المولىٰ فكانت الكتابة علىٰ مالٍ منقودٍ للمولىٰ لا علىٰ كسبٍ يوجد بعد الكتابة فلا يفيدُ ملك المكاسب علىٰ أنه يثبت حرية اليد والرقبة في حالةٍ واحدةٍ، لا علىٰ وجه التعاقب

عَلَى الأَعْيَانِ، وَقَدْ عُرِفَ ذٰلِكَ فِي الأَصْلِ، وَقَدْ ذَكَرْنَا وَجْهَ الرِّوَايَتَيْنِ فِي كِفَايَةِ المُنْتَهَىٰ.

قَالَ: (وَإِذَا كَاتَبَهُ عَلَىٰ مِائَةِ دِينَارٍ عَلَىٰ أَنْ يَرُدَّ المَوْلَىٰ عَلَيْهِ عَبْدًا بِغَيْرِ عَيْنِهِ، فَالْكِتَابَةُ فَاسِدَةٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: هِيَ جَائِزَةٌ، وَيُقَسَّمُ المِائَةُ الدِّينَارِ عَلَىٰ قِيمَةِ المُكَاتَبِ وَعَلَىٰ قِيمَةِ عَبْدٍ وَسَطٍ فَيَبْطُلُ مِنْهَا حِصَّةُ العَبْدِ فَيَكُونُ مُكَاتَبًا بِمَا بَقِيَ) لِأَنَّ العَبْدَ المُطْلَقَ يَصْلُحُ بَدَلَ الكِتَابَةِ وَيَنْصَرِفُ إِلَى الوَسَطِ، فَكَذَا يَصْلُحُ مُسْتَثْنًىٰ مِنْهُ وَهُوَ الأَصْلُ فِي أَبْدَالِ العُقُودِ. وَلَهُمَا أَنَّهُ لَا يُسْتَثْنَىٰ العَبْدُ مِنَ الدَّنَانِيرِ، وَإِنَّمَا تُسْتَثْنَىٰ قِيمَتُهُ وَالْقِيمَةُ لَا تَصْلُحُ بَدَلًا

فيكون إعتاقًا ببدلٍ ولا تكون كتابةً.

قوله: وَيُقَسَّمُ المِائَةُ الدِّينَارِ، إلىٰ آخره، حتَّىٰ إذا كان بدل الكتابة مائةً وقيمة المكاتب خمسين وقيمة العبد خمسين يجبُ على المكاتب أداء الخمسين ويسقطُ خمسون في مقابلة العبد، وإنَّما يقسمُ علىٰ قيمتها لجواز أن تكون قيمة العبد الوسط مستغرقةً كل البدل، وعلى هذا لا يحصلُ للمولىٰ شيءٌ وإنه ما رضيَ بذلك.

قوله: وَهُوَ الأَصْلُ فِي أَبْدَالِ العُقُودِ، يعني الأصل أنَّ كل ما يصلحُ أن يكون بدلًا في عقدٍ يصحُّ استثناؤه منه.

قوله: وَلَهُمَا أَنَّهُ لَا يُسْتَثْنَى العَبْدُ مِنَ الدَّنَانِيرِ، لأنَّ الاستثناء من غير الجنس لا يجوز فيكون استثناء قيمته منها حتى يكون الاستثناء من الجنس، ولا يجوز استثناء القيمة لأنَّها لا تصلحُ بدلًا لاشتمالها علىٰ نوع جهالةٍ لاختلاف المقومين فيها، فإذا استثنىٰ

فَكَذٰلِكَ مُسْتَثْنًىٰ.

قَالَ: (وَإِذَا كَاتَبَهُ عَلَىٰ حَيَوَانٍ غَيْرِ مَوْصُوفٍ فَالْكِتَابَةُ جَائِزَةٌ) اسْتِحْسَانًا مَعْنَاهُ أَنْ يُبَيِّنَ الجِنْسَ وَلَا يُبَيِّنَ النَّوْعَ وَالصِّفَةَ (وَيَنْصَرِفُ إِلَى الوَسَطِ وَيُجْبَرُ عَلَىٰ قَبُولِ القِيمَةِ) وَقَدْ مَرَّ فِي النِّكَاحِ، أَمَّا إِذَا لَمْ يُبَيِّنِ الجِنْسَ مِثْلَ أَنْ يَقُولَ دَابَّةٌ لَا يَجُوزُ لِأَنَّهُ يَشْمَلُ أَجْنَاسًا مُخْتَلِفَةً فَتَتَفَاحَشُ الجَهَالَةُ، وَإِذَا بَيَّنَ الجِنْسَ كَالْعَبْدِ وَالْوَصِيفِ فَالْجَهَالَةُ يَسِيرَةٌ وَمِثْلُهَا يُتَحَمَّلُ فِي الكِتَابَةِ فَتُعْتَبَرُ جَهَالَةُ البَدَلِ بِجَهَالَةِ الأَجَلِ فِيهِ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ -: لَا يَجُوزُ، وَهُوَ القِيَاسُ لِأَنَّهُ مُعَاوَضَةٌ فَأَشْبَهَ البَيْعَ. وَلَنَا أَنَّهُ مُعَاوَضَةُ مَالٍ بِغَيْرِ مَالٍ ....

قيمته من المائة بقي الباقي من البدل مجهولًا، والحاصلُ أنَّ هذا عقدٌ اشتملَ علىٰ بيعٍ وكتابةٍ لأنَّ ما كان من الدنانير بإزاء العبد الذي يرده المولىٰ فهو بيعٌ، وما كان منها بإزاء رقبة المكاتب فهو كتابةٌ والبيع قد بطلَ لجهالة الثمن والمعقود عليه، فلو جازت الكتابة لجازت بما يختصُّ الرقبةَ من المائة والكتابةُ بالحصة كتابةٌ بالقيمة فتكون فاسدةً.

قوله: وَإِذَا كَاتَبَهُ عَلَىٰ حَيَوَانٍ غَيْرِ مَوْصُوفٍ فَالْكِتَابَةُ جَائِزَةٌ، وَمَعْنَاهُ أَنْ يُبَيِّنَ الجِنْسَ - مثل أن يكاتبه علىٰ عبدٍ أو وصيفٍ - وَلَا يُبَيِّنَ النَّوْعَ - أي لم يقل أنه تركيٌّ أو هنديٌّ - وَالصِّفَةَ، أي لم يقل أنه أبيضَ أو أسودُ.

قوله: لِأَنَّهُ مُعَاوَضَةٌ فَأَشْبَهَ البَيْعَ، والجامعُ أنه لا يصحُّ إلا بتسمية البدل فكانت معاوضةً كالبيع، ألا ترىٰ أنه يقال ويفسخ.

قوله: وَلَنَا أَنَّهُ مُعَاوَضَةُ مَالٍ بِغَيْرِ مَالٍ، أي ابتداءً، لأنَّ البدلَ في الابتداء مقابلٌ

أَوْ بِمَالٍ لٰكِنْ عَلَىٰ وَجْهٍ يَسْقُطُ المِلْكُ فِيهِ فَأَشْبَهَ النِّكَاحَ، وَالْجَامِعُ أَنَّهُ يُبْتَنَىٰ عَلَى المُسَامَحَةِ، بِخِلَافِ البَيْعِ لِأَنَّهُ مَبْنِيٌّ عَلَى المُمَاكَسَةِ.

قَالَ: (وَإِذَا كَاتَبَ النَّصْرَانِيُّ عَبْدَهُ عَلَىٰ خَمْرٍ فَهُوَ جَائِزٌ) مَعْنَاهُ إِذَا كَانَ مِقْدَارًا مَعْلُومًا وَالْعَبْدُ كَافِرًا لِأَنَّهَا مَالٌ فِي حَقِّهِمْ بِمَنْزِلَةِ الخَلِّ فِي حَقِّنَا (وَأَيُّهُمَا أَسْلَمَ فَلِلْمَوْلَىٰ قِيمَةُ الخَمْرِ) لِأَنَّ المُسْلِمَ مَمْنُوعٌ عَنْ تَمْلِيكِ الخَمْرِ وَتَمَلُّكِهَا، وَفِي التَّسْلِيمِ ذٰلِكَ إِذِ الخَمْرُ غَيْرُ مُعَيَّنٍ فَيَعْجَزُ عَنْ تَسْلِيمِ البَدَلِ فَيَجِبُ عَلَيْهِ قِيمَتُهَا، وَهٰذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا تَبَايَعَ الذِّمِّيَّانِ خَمْرًا ثُمَّ أَسْلَمَ أَحَدُهُمَا حَيْثُ يَفْسُدُ البَيْعُ عَلَىٰ مَا قَالَهُ البَعْضُ، لِأَنَّ القِيمَةَ تَصْلُحُ بَدَلًا فِي الكِتَابَةِ فِي الجُمْلَةِ، فَإِنَّهُ لَوْ كَاتَب عَلَىٰ وَصِيفٍ وَأَتَىٰ بِالْقِيمَةِ يُجْبَرُ عَلَىٰ القَبُولِ فَجَازَ أَنْ يَبْقَىٰ العَقْدُ عَلَىٰ القِيمَةِ، فَأَمَّا البَيْعُ فَلَا يَنْعَقِدُ صَحِيحًا عَلَىٰ القِيمَةِ فَافْتَرَقَا.

بفكِّ الحجر وهو ليسَ بمالٍ.

قوله: أَوْ بِمَالٍ، أي في الانتهاء لأنه في الانتهاء يقابلُ الرقبةَ ولكن علىٰ وجهٍ يسقطُ الملكَ فيه، إذ العبدُ لا يملكُ مالية نفسه فشابهَ النكاح.

قوله: وَالْجَامِعُ أَنَّهُ يُبْتَنَىٰ عَلَى المُسَامَحَةِ، أي الجامعُ بين عقد الكتابة والنكاح.

قوله: لِأَنَّ القِيمَةَ تَصْلُحُ بَدَلًا فِي الكِتَابَةِ، أي قيمة المسمَّىٰ، فإنه إذا كاتبه علىٰ وصيفٍ كان ذلك كتابةً علىٰ قيمة الوصيف في الحقيقة، حتَّىٰ إذا جاءَ بقيمةٍ يجبر على القبول، فمتىٰ جاز أن تنعقد الكتابة علىٰ قيمة الشيء ابتداءً جازَ أن يبقىٰ على القيمة، أمَّا

قَالَ: (وَإِذَا قَبَضَهَا عَتَقَ) لِأَنَّ فِي الكِتَابَةِ مَعْنَىٰ المُعَاوَضَةِ. فَإِذَا وَصَلَ أَحَدُ العِوَضَيْنِ إِلَى المَوْلَىٰ سَلَّمَ العِوَضَ الآخَرَ لِلْعَبْدِ وَذٰلِكَ بِالْعِتْقِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ العَبْدُ مُسْلِمًا حَيْثُ لَمْ تَجُزِ الكِتَابَةُ لِأَنَّ المُسْلِمَ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ التِزَامِ الخَمْرِ، وَلَوْ أَدَّاهَا عَتَقَ وَقَدْ بَيَّنَّاهُ مِنْ قَبْلُ. وَاللهُ تَعَالَىٰ أَعْلَمُ.

البيعُ لا ينعقد صحيحًا على القيمة أصلًا فلا يمكنُ إبقاؤه عليها.

قوله: وَإِذَا قَبَضَهَا - أي قبض قيمة الخمر - عَتَقَ، وإن أدَّى الخمرَ عُتِقَ أيضًا لتضمُّن الكتابة تعليقَ العتق بأداء البدل المذكور، وصار كما لو كاتبَ المسلمُ عبده المسلمَ علىٰ خمرٍ فأدَّى المكاتبُ الخمرَ فإنه يعتق، كذا ذكره بعض المشايخ في شرح الجامع الصغير، وفي شرح الطحاوي والتمرتاشي: لو أدَّى الخمر لا يعتق، ولو أدَّى القيمة يعتق، لأنَّ الكتابة انقلبت إلى القيمة ولم يبقَ الخمر بدلَ هذا العقد إذ العقد انعقدَ صحيحًا على الخمر ابتداءً وبقي على القيمة صحيحًا بعد الإسلام ولا يتصوَّر بقاؤه صحيحًا والخمر بدلٌ فيه فبقاؤه صحيحًا دلَّ علىٰ أنَّ الخمرَ لم يبق بدلًا فلا يعتق بأدائه، ثمَّ العقدُ إن وقعَ فاسدًا بسبب الخمر وبقي فاسدًا لذلك فبقي الخمرُ بدلًا وإذا بقيت بدلًا يعتقُ بأدائها.

قوله: وَلَوْ أَدَّاهَا، أي العبدُ المسلمُ الخمرَ.

قوله: وَقَدْ بَيَّنَّاهُ مِنْ قَبْلُ، أي في أوَّل هذا الفصل، وهو قوله: فإن أدَّى الخمر عتقَ، وقال زُفر رحمه الله تعالىٰ: لا يعتقُ.

بَابُ مَا يَجُوزُ لِلْمُكَاتَبِ أَنْ يَفْعَلَهُ

قَالَ: (وَيَجُوزُ لِلْمُكَاتَبِ البَيْعُ وَالشِّرَاءُ وَالسَّفَرُ) لِأَنَّ مُوجَبَ الكِتَابَةِ أَنْ يَصِيرَ حُرًّا يَدًا، وَذٰلِكَ بِمَالِكِيَّةِ التَّصَرُّفِ مُسْتَبِدًّا بِهِ تَصَرُّفًا يُوَصِّلُهُ إِلَىٰ مَقْصُودِهِ وَهُوَ نَيْلُ الحُرِّيَّةِ بِأَدَاءِ البَدَلِ، وَالْبَيْعُ وَالشِّرَاءُ مِنْ هٰذَا القَبِيلِ، وَكَذَا السَّفَرُ لِأَنَّ التِّجَارَةَ رُبَّمَا لَا تَتَّفِقُ فِي الحَضَرِ فَتَحْتَاجُ إِلَى المُسَافَرَةِ، وَيَمْلِكُ البَيْعَ بِالْمُحَابَاةِ لِأَنَّهُ مِنْ صَنِيعِ التُّجَّارِ، فَإِنَّ التَّاجِرَ قَدْ يُحَابِي فِي صَفْقَةٍ لِيَرْبَحَ فِي أُخْرَىٰ.

قَالَ: (فَإِنْ شَرَطَ عَلَيْهِ أَنْ لَا يَخْرُجَ مِنَ الكُوفَةِ فَلَهُ أَنْ يَخْرُجَ اسْتِحْسَانًا) لِأَنَّ هٰذَا الشَّرْطَ مُخَالِفٌ لِمُقْتَضَىٰ العَقْدِ وَهُوَ مَالِكِيَّةُ اليَدِ مِنْ جِهَةِ الِاسْتِبْدَادِ وَثُبُوتِ الِاخْتِصَاصِ فَبَطَلَ الشَّرْطُ وَصَحَّ العَقْدُ لِأَنَّهُ شَرْطٌ لَمْ يَتَمَكَّنْ فِي صُلْبِ العَقْدِ، وَبِمِثْلِهِ لَا تَفْسُدُ الكِتَابَةُ، وَهٰذَا لِأَنَّ الكِتَابَةَ تُشْبِهُ البَيْعَ وَتُشْبِهُ النِّكَاحَ فَأَلْحَقْنَاهُ بِالْبَيْعِ فِي شَرْطٍ تَمَكَّنَ

باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله وما لا يجوز

قوله: وَهٰذَا لِأَنَّ الكِتَابَةَ تُشْبِهُ البَيْعَ - من حيث إنَّها تحتمل الفسخ في الابتداء - وَتُشْبِهُ النِّكَاحَ، من حيث إنَّها لا تحتمل الفسخ بعد تمام المقصود بالأداء، فيوفر

فِي صُلْبِ العَقْدِ، كَمَا إِذَا شَرَطَ خِدْمَةً مَجْهُولَةً لِأَنَّهُ فِي البَدَلِ وَبِالنِّكَاحِ فِي شَرْطٍ لَمْ يَتَمَكَّنْ فِي صُلْبِهِ هٰذَا هُوَ الأَصْلُ. أَوْ نَقُولُ: إِنَّ الكِتَابَةَ فِي جَانِبِ العَبْدِ إِعْتَاقٌ لِأَنَّهُ إِسْقَاطُ المِلْكِ، وَهٰذَا الشَّرْطُ يَخُصُّ العَبْدَ فَاعْتُبِرَ إِعْتَاقًا فِي حَقِّ هٰذَا الشَّرْطِ، وَالْإِعْتَاقُ لَا يَبْطُلُ بِالشُّرُوطِ الفَاسِدَةِ.

قَالَ: (وَلَا يَتَزَوَّجُ إِلَّا بِإِذْنِ المَوْلَىٰ) لِأَنَّ الكِتَابَةَ فَكُّ الحَجْرِ مَعَ قِيَامِ المِلْكِ ضَرُورَةَ التَّوَسُّلِ إِلَى المَقْصُودِ، وَالتَّزَوُّجُ لَيْسَ وَسِيلَةً

حظُّهما عليها فلشبهها بالبيع تبطل بالشرط الفاسد إذا تمكَّن في صلبها، كما لو شرطَ خدمةً مجهولةً بأن كاتبه علىٰ أن يخدمه مدَّةً لأنه في البدل ولشبهها بالنكاح لا تبطل بالشرط الفاسد إذا لم يتمكَّن في صلبها، بأن كاتبه علىٰ ألفٍ إلى الحصاد والدياس.

قوله: هٰذَا هُوَ الأَصْلُ - أي العملُ بالشبهين هو الأصل - أَوْ نَقُولُ: إِنَّ الكِتَابَةَ فِي جَانِبِ العَبْدِ إِعْتَاقٌ لِأَنَّهُ إِسْقَاطُ المِلْكِ - وفكُّ الحجر وإطلاق اليد بمنزلة الإعتاق - وَهٰذَا الشَّرْطُ يَخُصُّ العَبْدَ - وهو أن لا يخرج من الكوفة - فَاعْتُبِرَ - أي عقد الكتابة - إِعْتَاقًا فِي حَقِّ هٰذَا الشَّرْطِ - لا معاوضةً - وَالْإِعْتَاقُ لَا يَبْطُلُ بِالشُّرُوطِ الفَاسِدَةِ، كما لو أعتق عبدًا علىٰ أنه ساسه فإنَّ الشرط باطلٌ والإعتاق صحيحٌ.

قوله: ضَرُورَةَ التَّوَسُّلِ إِلَى المَقْصُودِ، وهو نيل الحرية والتزوُّج ليسَ وسيلةً إليه، لأنَّ انفكاك الحجر عنه في عقود الاكتساب والتزوُّج ليس من اكتساب المال بل فيه التزام المهر والنفقة، ولا يتصدَّق إلا بالشيء اليسير وما دون الدرهم قليلٌ يتوسَّعُ النَّاسُ فيه.

إِلَيْهِ، وَيَجُوزُ بِإِذْنِ الْمَوْلَىٰ لِأَنَّ الْمِلْكَ لَهُ (وَلَا يَهَبُ وَلَا يَتَصَدَّقُ إِلَّا بِالشَّيْءِ الْيَسِيرِ) لِأَنَّ الْهِبَةَ وَالصَّدَقَةَ تَبَرُّعٌ وَهُوَ غَيْرُ مَالِكٍ لِيُمَلِّكَهُ، إِلَّا أَنَّ الشَّيْءَ الْيَسِيرَ مِنْ ضَرُورَاتِ التِّجَارَةِ لِأَنَّهُ لَا يَجِدُ بُدًّا مِنْ ضِيَافَةٍ وَإِعَارَةٍ لِيَجْتَمِعَ عَلَيْهِ الْمُجَاهِزُونَ. وَمَنْ مَلَكَ شَيْئًا يَمْلِكُ مَا هُوَ مِنْ ضَرُورَاتِهِ وَتَوَابِعِهِ (وَلَا يَتَكَفَّلُ) لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ مَحْضٌ، فَلَيْسَ مِنْ ضَرُورَاتِ التِّجَارَةِ وَالِاكْتِسَابِ وَلَا يَمْلِكُهُ بِنَوْعَيْهِ نَفْسًا وَمَالًا لِأَنَّ كُلَّ ذَٰلِكَ تَبَرُّعٌ

قوله: لِيَجْتَمِعَ عَلَيْهِ الْمُجَاهِزُونَ، والمجاهزُ عند العامة الغنيُّ من التجار، وكأنه أريدَ به المجهِّزُ وهو الذي يبعث التجار بالجهاز وهو فاخر المتاع، أو يسافرُ به فحرف إلى المجاهز.

قوله: وَلَا يَمْلِكُهُ بِنَوْعَيْهِ نَفْسًا وَمَالًا، أي الكفالةُ بإذن المكفول عنه وبغير أمره لأنَّ كلَّ ذلك تبرع، أمَّا إذا كان بغير أمره فظاهرٌ أنه تبرعٌ محضٌ ولا يكون له الرجوع بما أدّىٰ فصار كالهبة، وإن كان بأمره فكذلك أيضًا، لأنَّ الكفيل متىٰ أدّىٰ يصيرُ مقرضًا بما أدّىٰ إلى المكفول عنه، والإقراضُ تبرُّعٌ لأنه إعارةٌ حكمًا بدليل أنَّ قبض البدل ليس بشرطٍ في المجلس، ولو كان معاوضةً فيشترطُ قبضه في المجلس لكونه صرفًا، وكذلك الكفالة بالنفس أيضًا لا تصحُّ لأنه تبرعٌ محضٌ من غير عوضٍ يحصل له، ولا يقال: أنه التزمَ فعلًا في ذمته وهو التسليمُ وتسليم النفس ممَّا لا يتعلقُ به المالُ فكان متصرِّفًا فيما هو خالصُ حقه فيجوز؟ لأنا نقول: أنَّ الكفالة متىٰ صحت قد تتعدّىٰ إلى المال لأنه رُبَّما يعجز عن تسليم النفس فيحبس علىٰ ذلك، ومتىٰ حُبِسَ عَجَزَ عن الكسب فيتَّصلُ ضرر هذا الالتزام بكسبه، فكان بمنزلة الكفالة بالمال فلا يجوز سواءٌ كان بإذن المولىٰ أو بغير إذنه، لأنه ملكٌ للمولىٰ لا في منافعه ومكاسبه فوجود إذنه فيما هو تبرُّعٌ كعدمه.

(وَلَا يُقْرِضُ) لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ لَيْسَ مِنْ تَوَابِعِ الِاكْتِسَابِ (فَإِنْ وَهَبَ عَلَىٰ عِوَضٍ لَمْ يَصِحَّ) لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ ابْتِدَاءً (وَإِنْ زَوَّجَ أَمَتَهُ جَازَ) لِأَنَّهُ اكْتِسَابٌ لِلْمَالِ فَإِنَّهُ يَتَمَلَّكُ بِهِ المَهْرَ فَدَخَلَ تَحْتَ العَقْدِ.

قَالَ: (وَكَذٰلِكَ إِنْ كَاتَبَ عَبْدَهُ) وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَجُوزَ وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ وَالشَّافِعِيِّ، لِأَنَّ مَآلَهُ العِتْقُ وَالْمُكَاتَبُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِهِ كَالْإِعْتَاقِ عَلَىٰ مَالٍ.

وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّهُ عَقْدُ اكْتِسَابٍ لِلْمَالِ فَيَمْلِكُهُ كَتَزْوِيجِ الأَمَةِ وَكَالْبَيْعِ وَقَدْ يَكُونُ هُوَ أَنْفَعَ لَهُ مِنَ البَيْعِ لِأَنَّهُ لَا يُزِيلُ المِلْكَ إِلَّا بَعْدَ

قوله: وَإِنْ زَوَّجَ أَمَتَهُ جَازَ، لِأَنَّهُ اكْتِسَابٌ لِلْمَالِ، ولا يلزمُ عجز المكاتبة عن تزويج نفسها لأنَّ حق المولىٰ في رقبتها باقٍ، ولهذا يملكُ إعتاقها دون إعتاق أمتها فيمنعُ ذلك ثبوتُ ولاية الاستبداد لها بتزويج نفسها، ولأنَّ فيه تعيب رقبتها فإنَّ النكاحَ عيبٌ فرُبَّما يعجزُ ويبقىٰ هذا العيب في ملك المولىٰ، توضيحه: أنَّ النكاحَ غيرَ مشروعٌ في الأصل لاكتساب الأموال، بل للتحصن والعفة، وانفكاك الحجر يثبتُ للمكاتب في عقود اكتساب المال، فإذا كان مقصودها من تزويج نفسها شيئًا آخر سوى المال لم يكن هذا العقدُ ممَّا يتناوله الفكُّ الثابت بالكتابة، بخلاف تزويج الأمة، فإن قيل: هذا موجودٌ في ابنته ومع ذلك لا يملك تزويجها؟ قلنا: نعم ولكن ابنته مملوكةٌ للمولىٰ، وأمته ليست بمملوكة للمولىٰ، حتى ينفذ عتق المولىٰ في ابنته دون أمته، ولو عجزت وقد حاضت ابنته حيضةً لا يجبُ على المولىٰ فيها استبراءٌ جديدٌ، ويلزم ذلك في أمته ومكاتبته.

قوله: وَقَدْ يَكُونُ هُوَ أَنْفَعَ لَهُ مِنَ البَيْعِ، لأنه لا يستوجبُ الثمنَ في ذمة المشتري ما لم يزل العبد عن ملكه، وههنا لا يزول العبد عن ملكه ما لم يتملك البدل بالقبض،

وُصُولِ البَدَلِ إِلَيْهِ وَالْبَيْعُ يُزِيلُهُ قَبْلَهُ وَلِهٰذَا يَمْلِكُهُ الأَبُ وَالْوَصِيُّ ثُمَّ هُوَ يُوجِبُ لِلْمَمْلُوكِ مِثْلَ مَا هُوَ ثَابِتٌ لَهُ. بِخِلَافِ الإِعْتَاقِ عَلَىٰ مَالٍ لِأَنَّهُ يُوجِبُ فَوْقَ مَا هُوَ ثَابِتٌ لَهُ. قَالَ: (فَإِنْ أَدَّىٰ الثَّانِي قَبْلَ أَنْ يُعْتَقَ الأَوَّلُ فَوَلَاؤُهُ لِلْمَوْلَىٰ)، لِأَنَّ لَهُ فِيهِ نَوْعَ مِلْكٍ. وَتَصِحُّ إِضَافَةُ الإِعْتَاقِ إِلَيْهِ فِي الجُمْلَةِ، فَإِذَا تَعَذَّرَ إِضَافَتُهُ إِلَىٰ مُبَاشِرِ العَقْدِ لِعَدَمِ الأَهْلِيَّةِ أُضِيفَ إِلَيْهِ كَمَا فِي العَبْدِ إِذَا اشْتَرَىٰ شَيْئًا يَثْبُتُ المِلْكُ لِلْمَوْلَىٰ.

قَالَ: (فَلَوْ أَدَّىٰ الأَوَّلُ بَعْدَ ذٰلِكَ وَعَتَقَ لَا يَنْتَقِلُ الوَلَاءُ إِلَيْهِ) لِأَنَّ

فلمَّا ملكَ البيع فالكتابة أوْلىٰ، ولهذا يملكُ الأب والوصيُّ كتابة عبد الصغير، ثمَّ لا يثبت للعبد إلا ما هو ثابتٌ له، بخلاف الإعتاق علىٰ مالٍ فإنه فوقَ ما هو ثابتٌ له لأنَّ الثابتَ للمكاتب هو حقُّ الحرية وللمعتق علىٰ مال حقيقتها.

قوله: لِأَنَّ لَهُ فِيهِ نَوْعَ مِلْكٍ، وهذا لأنَّ لكلٍّ واحد منهما حقُّ ملكٍ في كسب المكاتب الثانِي، لأنَّ كتابة الأول كانت بإذن المولىٰ فيكون ما للثانِي من حقِّ الكسب منقولًا إلى المولىٰ، فصارَ كأنه مكاتبه من وجهٍ فيكون للمكاتب الأوَّل فيه حقٌّ أيضًا لأنه كسبه، فكان هو المباشر لهذا العقد وحقُّه أرْجَح من حقِّ المولىٰ، لأنَّ حقه حقُّ ملكٍ وتصرُّفٍ وللمولىٰ حقُّ ملكٍ لا غير، فإذا كان الأول من أهل أن يثبت له الولاء فهو أوْلىٰ من المولىٰ، وإن كان الأول مكاتبًا علىٰ حاله ولم يكن من أهل الولاء فيخلفه مولاه كالعبد المأذون إذا اشترىٰ شيئًا يملكه مولاه بِهذا الطريق.

قوله: وَتَصِحُّ إِضَافَةُ الإِعْتَاقِ إِلَيْهِ فِي الجُمْلَةِ، ولهذا إذا أوْصىٰ لموالي فلان وليسَ له معتق في الإحياء وله معتقُ المعتق يستحقُّ هذه الوصية هو، ولا تكون الإضافة إلَّا إلى المولىٰ.

المَوْلَىٰ جُعِلَ مُعْتِقًا وَالْوَلَاءُ لَا يَنْتَقِلُ عَنِ المُعْتِقِ (وَإِنْ أَدَّىٰ الثَّانِي بَعْدَ عِتْقِ الأَوَّلِ فَوَلَاؤُهُ لَهُ) لِأَنَّ العَاقِدَ مِنْ أَهْلِ ثُبُوتِ الوَلَاءِ وَهُوَ الْأَصْلُ فَيَثْبُتُ لَهُ.

قَالَ: (وَإِنْ أَعْتَقَ عَبْدَهُ عَلَىٰ مَالٍ أَوْ بَاعَهُ مِنْ نَفْسِهِ أَوْ زَوَّجَ عَبْدَهُ لَمْ يَجُزْ) لِأَنَّ هٰذِهِ الأَشْيَاءَ لَيْسَتْ مِنَ الكَسْبِ وَلَا مِنْ تَوَابِعِهِ. أَمَّا الأَوَّلُ فَلِأَنَّهُ إِسْقَاطُ المِلْكِ عَنْ رَقَبَتِهِ وَإِثْبَاتُ الدَّيْنِ فِي ذِمَّةِ المُفْلِسِ فَأَشْبَهَ الزَّوَالَ بِغَيْرِ عِوَضٍ، وَكَذَا الثَّانِي لِأَنَّهُ إِعْتَاقٌ عَلَىٰ مَالٍ فِي الحَقِيقَةِ. وَأَمَّا الثَّالِثُ فَلِأَنَّهُ تَنْقِيصٌ لِلْعَبْدِ وَتَعْيِيبٌ لَهُ وَشَغْلُ رَقَبَتِهِ بِالْمَهْرِ وَالنَّفَقَةِ، بِخِلَافِ تَزْوِيجِ الأَمَةِ لِأَنَّهُ اكْتِسَابٌ لِاسْتِفَادَتِهِ المَهْرَ عَلَىٰ مَا مَرَّ.

قَالَ: (وَكَذٰلِكَ الأَبُ وَالْوَصِيُّ فِي رَقِيقِ الصَّغِيرِ بِمَنْزِلَةِ المُكَاتَبِ) لِأَنَّهُمَا يَمْلِكَانِ الِاكْتِسَابَ كَالْمُكَاتَبِ، وَلِأَنَّ فِي تَزْوِيجِ الأَمَةِ وَالْكِتَابَةِ نَظَرًا لَهُ، وَلَا نَظَرَ فِيمَا سِوَاهُمَا وَالوِلَايَةُ نَظَرِيَّةٌ.

قَالَ: (فَأَمَّا المَأْذُونُ لَهُ فَلَا يَجُوزُ لَهُ شَيْءٌ مِنْ ذٰلِكَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: لَهُ أَنْ يُزَوِّجَ أَمَتَهُ) وَعَلَىٰ هٰذَا الخِلَافِ المُضَارِبُ وَالْمُفَاوِضُ وَالشَّرِيكُ شَرِكَةَ عَنَانٍ هُوَ قَاسَهُ عَلَىٰ المُكَاتَبِ

قوله: هُوَ قَاسَهُ عَلَى المُكَاتَبِ، فإنَّ له أن يزوج أمته فكذا هؤلاء.

وَاعْتَبَرَهُ بِالْإِجَارَةِ. وَلَهُمَا أَنَّ المَأْذُونَ لَهُ يَمْلِكُ التِّجَارَةَ وَهٰذَا لَيْسَ بِتِجَارَةٍ، فَأَمَّا المُكَاتَبُ يَتَمَلَّكُ الِاكْتِسَابَ وَهٰذَا اكْتِسَابٌ، وَلِأَنَّهُ مُبَادَلَةُ المَالِ بِغَيْرِ المَالِ فَيُعْتَبَرُ بِالْكِتَابَةِ دُونَ الإِجَارَةِ، إِذْ هِيَ مُبَادَلَةُ المَالِ بِالْمَالِ وَلِهٰذَا لَا يَمْلِكُ هٰؤُلَاءِ كُلُّهُمْ تَزْوِيجَ العَبْدِ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

قوله: وَاعْتَبَرَهُ بِالْإِجَارَةِ، فإنَّ لهم ولايةُ الإجارة فكذا ولاية تزوُّج الأمة، إذ كلُّ واحد منهما تمليك المنفعة ببدلٍ.

قوله: وَلَهُمَا أَنَّ المَأْذُونَ لَهُ يَمْلِكُ التِّجَارَةَ وَهٰذَا لَيْسَ بِتِجَارَةٍ، لأنه ليسَ بمبادلة المال بالمال، إذ البضع ليسَ بمالٍ حقيقةً فصارَ شبيهًا بالكتابة ولا يملك هؤلاء الكتابة فكذا هذا، أمَّا المكاتبُ فيملك الاكتساب وهذا اكتسابٌ، وهذا بخلاف الإجارة فإنَّها مبادلة المال بالمال، ولهذا لا يثبت الحيوان في الذمة بدلًا عن المنافع فكانت تجارةً.

❊ ❊ ❊

فَصْلٌ: فِي بَيَانِ مَنْ يَدْخُلُ فِي الكِتَابَةِ

قَالَ: (وَإِذَا اشْتَرَىٰ المُكَاتَبُ أَبَاهُ أَوِ ابْنَهُ دَخَلَ فِي كِتَابَتِهِ) لِأَنَّهُ مِنْ أَهْلِ أَنْ يُكَاتِبَ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مِنْ أَهْلِ الإِعْتَاقِ فَيُجْعَلُ مُكَاتَبًا تَحْقِيقًا لِلصِّلَةِ بِقَدْرِ الإِمْكَانِ، أَلَا تَرَىٰ أَنَّ الحُرَّ مَتَىٰ كَانَ يَمْلِكُ الإِعْتَاقَ يُعْتَقُ عَلَيْهِ (وَإِنِ اشْتَرَىٰ ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ لِأَوْلَادٍ لَهُ لَمْ يَدْخُلْ فِي كِتَابَتِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -. وَقَالَا: يَدْخُلُ) اعْتِبَارًا بِقَرَابَةِ الوِلَادِ إِذْ وُجُوبُ الصِّلَةِ يَنْتَظِمُهُمَا وَلِهٰذَا لَا يَفْتَرِقَانِ فِي الحُرِّ فِي حَقِّ الحُرِّيَّةِ. وَلَهُ أَنَّ لِلْمُكَاتَبِ كَسْبًا لَا مِلْكًا، غَيْرَ أَنَّ الكَسْبَ يَكْفِي الصِّلَةَ فِي الوِلَادِ، حَتَّىٰ

فصل

قوله: وَإِذَا اشْتَرَى المُكَاتَبُ أَبَاهُ أَوِ ابْنَهُ دَخَلَ فِي كِتَابَتِهِ، حتَّىٰ يمنعُ بيعه، وإنَّما قَيَّد بقوله: دَخَلَ فِي كِتَابَتِهِ، ولم يقل صار مكاتبًا لأنه لو كان مكاتبًا أصالةً لبقيت كتابته بعد عجز المكاتب الأصلي، بل يعجزُ الداخلُ بعجز الأصليّ حتَّىٰ إذا عجزَ المكاتبُ بيع الأب لِمَا أنَّ كتابة الدَّاخل بطريق التبعية لا بطريق الأصالة.

قوله: أَلَا تَرَىٰ أَنَّ الحُرَّ مَتَىٰ كَانَ يَمْلِكُ الإِعْتَاقَ يُعْتَقُ عَلَيْهِ، أي إذا اشترىٰ أباه أو ابنه.

قوله: وَلَهُ أَنَّ لِلْمُكَاتَبِ كَسْبًا لَا مِلْكًا، ولهذا تحلُّ الصدقة له وإن أصابَ مالًا،

أَنَّ القَادِرَ عَلَى الكَسْبِ يُخَاطَبُ بِنَفَقَةِ الوَالِدِ وَالْوَلَدِ وَلَا يَكْفِي فِي غَيْرِهِمَا حَتَّىٰ لَا تَجِبَ نَفَقَةُ الأَخِ إِلَّا عَلَى المُوسِرِ، وَلِأَنَّ هٰذِهِ قَرَابَةٌ تَوَسَّطَتْ بَيْنَ بَنِي الأَعْمَامِ وَقَرَابَةِ الوِلَادِ فَأَلْحَقْنَاهَا بِالثَّانِي فِي العِتْقِ، وَبِالْأَوَّلِ فِي الكِتَابَةِ وَهٰذَا أَوْلَىٰ لِأَنَّ العِتْقَ أَسْرَعُ نُفُوذًا مِنَ الكِتَابَةِ، حَتَّىٰ أَنَّ أَحَدَ الشَّرِيكَيْنِ إِذَا كَاتَبَ كَانَ لِلْآخَرِ فَسْخُهُ، وَإِذَا أَعْتَقَ لَا يَكُونُ لَهُ فَسْخُهُ.

قَالَ: (وَإِذَا اشْتَرَىٰ أُمَّ وَلَدِهِ دَخَلَ وَلَدُهَا فِي الكِتَابَةِ ....

ولا يملكُ الهبةَ ولا يفسد نكاح امرأته إذا اشتراها، بيانه أنَّ المكاتب لا ملكَ له في الحقيقة لكن يقدر على الاكتساب، والقدرة عليه توجب النفقةَ في قرابة الولاد حتى تجب نفقة الوالدين والولد على القادر على الكسب وإن لم يكن موسرًا، ولا تجب نفقة الأخ إلا على الموسر.

قوله: وَلِأَنَّ هٰذِهِ قَرَابَةٌ تَوَسَّطَتْ بَيْنَ بَنِي الأَعْمَامِ وَقَرَابَةِ الوِلَادِ، يعني قرابة الأخ وأمثالها متوسطةٌ بين قرابة بني الأعمام وهيَ بعيدةٌ، لأنَّها بواسطة العمِّ وهو بواسطة الجدِّ وبين قرابة الولاد وهيَ قرابة قريبةٌ لأنَّها بغير واسطةٍ وهذه القرابةُ بواسطة الأب أو الجدِّ أو نحو ذلك، فأشبهت بني الأعمام في حقِّ الزكاة وحلِّ الحليلة وقبول الشهادة وجريان القصاص، وأشبهت الولاد في حقِّ حرمة المناكحة وافتراض الصلة وحرمة الجمع بينهما نكاحًا، فألحقناها بالولاد في العتق وببني الأعمام في الكتابة توفيرًا على الشبهين حظُّها.

قوله: وَهٰذَا أَوْلَىٰ، أي من العمل علىٰ عكسه، لِأَنَّ العِتْقَ أَسْرَعُ نُفُوذًا، أي لو ألحقناها بالولاد في حق الكتابة لألغينا الشبه الآخر، لأنه يلزم إلحاقها بالولادة في حقِّ العتق لأنَّ العتقَ أسرعُ نفوذًا من الكتابة.

وَلَمْ يَجُزْ بَيْعُهَا) وَمَعْنَاهُ إِذَا كَانَ مَعَهَا وَلَدُهَا، أَمَّا دُخُولُ الوَلَدِ فِي الْكِتَابَةِ فَلِمَا ذَكَرْنَاهُ. وَأَمَّا امْتِنَاعُ بَيْعِهَا فَلِأَنَّهَا تَبَعٌ لِلْوَلَدِ فِي هٰذَا الحُكْمِ، قَالَ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «أَعْتَقَهَا وَلَدُهَا» وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَعَهَا وَلَدُهَا فَكَذٰلِكَ الجَوَابُ فِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ لِأَنَّهَا أُمُّ وَلَدٍ خِلَافًا لِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -. وَلَهُ أَنَّ القِيَاسَ أَنْ يَجُوزَ بَيْعُهَا وَإِنْ كَانَ مَعَهَا وَلَدٌ لِأَنَّ كَسْبَ المُكَاتَبِ مَوْقُوفٌ فَلَا يَتَعَلَّقُ بِهِ مَا لَا يَحْتَمِلُ الفَسْخَ، إِلَّا أَنَّهُ يَثْبُتُ بِهِ هٰذَا الحَقُّ فِيمَا إِذَا كَانَ مَعَهَا وَلَدٌ تَبَعًا لِثُبُوتِهِ فِي الوَلَدِ بِنَاءً عَلَيْهِ، وَبِدُونِ الوَلَدِ لَوْ ثَبَتَ ثَبَتَ ابْتِدَاءً وَالْقِيَاسُ

قوله: وَلَمْ يَجُزْ بَيْعُهَا، ولم يدخل في كتابته حتّىٰ لا يعتق بعتقه، نصَّ عليه في المبسوط.

قوله: أَمَّا دُخُولُ الوَلَدِ فِي الكِتَابَةِ فَلِمَا ذَكَرْنَاهُ، إشارةٌ إلىٰ قوله: تَحْقِيقًا لِلصِّلَةِ بِقَدْرِ الإِمْكَانِ.

قوله: لِأَنَّ كَسْبَ المُكَاتَبِ مَوْقُوفٌ، أي كسب المكاتب موقوفٌ بين أن يؤدي فيتقرَّر له وبين أن يعجز فيتقرَّرُ للمولىٰ فلا يتعلَّق به ما لا يحتملُ الفسخَ وهو أمومية الولد، إذ لو تعلَّق لكان كسب المكاتب غير محتملٍ للفسخ، أو كان الاستيلاد محتملًا للفسخ فينفسخ بانفساخ الكتابة، فحينئذٍ يلزمُ أن يجعل الشيء الذي لا يقبل الفسخ من جملة الشيء الذي يقبل الفسخ بطريق التبعية، وذلك لا يجوز، لأنَّ الذي لا يقبلُ الفسخ أقوىٰ فلا يكون تبعًا لِمَا هو دونه إلَّا أنه يثبت امتناعُ بيعها إذا كان معها ولدها تبعًا لثبوته في الولد بناءً عليه، وما يثبت بشروط المتبوع لو ثبت بدون الولد ثبتَ ابتداءً والقياس ينفيه.

يَنْفِيهِ (وَإِنْ وُلِدَ لَهُ وَلَدٌ مِنْ أَمَةٍ لَهُ دَخَلَ فِي كِتَابَتِهِ) لِمَا بَيَّنَّا فِي الْمُشْتَرَىٰ (وَكَانَ حُكْمُهُ كَحُكْمِهِ وَكَسْبُهُ لَهُ) لِأَنَّ كَسْبَ الوَلَدِ كَسْبُ كَسْبِهِ وَيَكُونُ كَذٰلِكَ قَبْلَ الدَّعْوَةِ فَلَا يَنْقَطِعُ بِالدَّعْوَةِ اخْتِصَاصُهُ، وَكَذٰلِكَ إِنْ وَلَدَتْ الْمُكَاتَبَةُ وَلَدًا لِأَنَّ حَقَّ امْتِنَاعِ البَيْعِ ثَابِتٌ فِيهَا مُؤَكَّدًا فَيَسْرِي إِلَى الوَلَدِ كَالتَّدْبِيرِ وَالِاسْتِيلَادِ.

قَالَ: (وَمَنْ زَوَّجَ أَمَتَهُ مِنْ عَبْدِهِ ثُمَّ كَاتَبَهُمَا فَوَلَدَتْ مِنْهُ وَلَدًا دَخَلَ فِي كِتَابَتِهَا وَكَانَ كَسْبُهُ لَهَا) لِأَنَّ تَبَعِيَّةَ الأُمِّ أَرْجَحُ وَلِهٰذَا يَتْبَعُهَا فِي الرِّقِّ وَالْحُرِّيَّةِ.

قَالَ: (وَإِنْ تَزَوَّجَ الْمُكَاتَبُ بِإِذْنِ مَوْلَاهُ امْرَأَةً زَعَمَتْ أَنَّهَا حُرَّةٌ فَوَلَدَتْ

قوله: مُؤَكَّدًا، احتِرازٌ عن ولد الآبقة حيث لا يجوزُ بيعها ويجوزُ بيع ولدها، لِمَا أنَّ الامتناع في الآبقة غير مؤكَّدٍ فلا يسري إلى الولد.

قوله: دَخَلَ فِي كِتَابَتِهَا، وفي بعض النسخ: في كتابتهما، ومعناه إذا كاتبهما كتابةً واحدةً يدخل الولدُ في كتابتهما لكن باعتبار تبعية الأمِّ، حتَّىٰ يكون كسبه لها كما إذا كانت الكتابة متفرقةً، والصحيح هو الأولُ.

قوله: زَعَمَتْ أَنَّهَا حُرَّةٌ، الغرورُ إنَّما يثبتُ بقول الأمة أنَّها حرَّة، وكذا إذا زوَّجها منه حُرٌّ علىٰ أنَّها حرَّةٌ أو زوجها منه عبدٌ أو مدبرٌ أو مكاتبٌ علىٰ أنَّها حرَّة، ويرجع المغرور بما ضَمِنَ من قيمة الولد على الأمة بعد عتقها، ويرجع المستحق على الحرِّ وعلى المدبر والعبد والمكاتب إذا عتقوا، وأمَّا إذا أرادَ أن يتزوَّج امرأةً فأخبره رجلٌ أنَّها حرة ولم يزوِّجها إيَّاه وتزوجها الرجل علىٰ أنَّها حرةٌ فإذا هيَ أمةٌ وقد ولدت ضَمِنَ الزوج

مِنْهُ ثُمَّ اسْتَحَقَّتْ فَأَوْلَادُهَا عَبِيدٌ وَلَا يَأْخُذُهُمْ بِالْقِيمَةِ، وَكَذٰلِكَ العَبْدُ يَأْذَنُ لَهُ المَوْلَىٰ بِالتَّزْوِيجِ، وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: أَوْلَادُهَا أَحْرَارٌ بِالْقِيمَةِ) لِأَنَّهُ شَارَكَ الحُرَّ فِي سَبَبِ ثُبُوتِ هٰذَا الحَقِّ وَهُوَ الغُرُورُ، وَهٰذَا لِأَنَّهُ مَا رَغِبَ فِي نِكَاحِهَا إِلَّا لِيَنَالَ حُرِّيَّةَ الأَوْلَادِ، وَلَهُمَا أَنَّهُ مَوْلُودٌ بَيْنَ رَقِيقَيْنِ فَيَكُونُ رَقِيقًا، وَهٰذَا لِأَنَّ الأَصْلَ أَنَّ الوَلَدَ يَتْبَعُ الأُمَّ فِي الرِّقِّ وَالْحُرِّيَّةِ، وَخَالَفْنَا هٰذَا الأَصْلَ فِي الحُرِّ بِإِجْمَاعِ الصَّحَابَةِ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ -، وَهٰذَا لَيْسَ فِي مَعْنَاهُ لِأَنَّ حَقَّ المَوْلَىٰ هُنَاكَ مَجْبُورٌ بِقِيمَةٍ نَاجِزَةٍ وَهَاهُنَا بِقِيمَةٍ مُتَأَخِّرَةٍ إِلَىٰ مَا بَعْدَ العِتْقِ فَيَبْقَىٰ عَلَى الأَصْلِ فَلَا يَلْحَقُ بِهِ.

قيمة الولد لأنه مغرورٌ، ولا يرجع الزوج على المخبر بشيءٍ لأنه ما التزمَ شيئًا إنَّما أخبره بخبر كان كذبًا، وذلك لا يثبت له حقُّ الرجوع، كما لو أخبره أنَّ الطريقَ آمنٌ فسلكَ فأخذه اللُّصوص، ولكن يرجع بقيمة الولد على الأمة إذا أعتقت لأنَّها غرته حين زوَّجت نفسها منه علىٰ أنَّها حرةٌ، وإذا تزوَّجها وهو لا يعلمُ أنَّها أمةٌ أو تزوجها وهو يحسب أنَّها حرةٌ ولم يغره فيها أحدٌ فالولدُ رقيقٌ، لأنَّ هذا ظنٌّ منه والظنُّ لا يغني من الحقِّ شيئًا.

قوله: وَلَا يَأْخُذُهُمْ بِالْقِيمَةِ، أي لا يأخذُ المكاتبُ الأولادَ بالقيمة، أي لا يكون الأولاد أحرارًا بالقيمة.

قوله: لِأَنَّ حَقَّ المَوْلَىٰ هُنَاكَ مَجْبُورٌ بِقِيمَةٍ نَاجِزَةٍ، أي فيما إذا كان المغرورُ حرًّا يؤاخذ بقيمة الولد في الحال، وعلىٰ قول محمدٍ رحمه الله هنا بقيمةٍ متأخِّرة إلىٰ ما بعد العتاق، أي فيما إذا كان المغرورُ مكاتبًا أو عبدًا أو مدبرًا، هذا إذا كان التزوجُ بغير إذن

قَالَ: (وَإِنْ وَطِئَ الْمُكَاتَبُ أَمَةً عَلَىٰ وَجْهِ الْمِلْكِ بِغَيْرِ إِذْنِ الْمَوْلَىٰ ثُمَّ اسْتَحَقَّهَا رَجُلٌ فَعَلَيْهِ الْعُقْرُ يُؤْخَذُ بِهِ فِي الْكِتَابَةِ، وَإِنْ وَطِئَهَا عَلَىٰ وَجْهِ النِّكَاحِ لَمْ يُؤْخَذْ بِهِ حَتَّىٰ يُعْتَقَ وَكَذٰلِكَ الْمَأْذُونُ لَهُ) وَوَجْهُ الْفَرْقِ أَنَّ فِي الْفَصْلِ الْأَوَّلِ ظَهَرَ الدَّيْنُ فِي حَقِّ الْمَوْلَىٰ لِأَنَّ التِّجَارَةَ وَتَوَابِعَهَا دَاخِلَةٌ تَحْتَ الْكِتَابَةِ، وَهٰذَا الْعُقْرُ مِنْ تَوَابِعِهَا، لِأَنَّهُ لَوْلَا الشِّرَاءُ لَمَا سَقَطَ الْحَدُّ وَمَا لَمْ يَسْقُطْ الْحَدُّ لَا يَجِبُ الْعُقْرُ. أَمَّا لَمْ يَظْهَرْ فِي الْفَصْلِ الثَّانِي لِأَنَّ النِّكَاحَ لَيْسَ مِنْ الِاكْتِسَابِ فِي شَيْءٍ فَلَا تَنْتَظِمُهُ الْكِتَابَةُ كَالْكَفَالَةِ.

قَالَ: (وَإِذَا اشْتَرَىٰ الْمُكَاتَبُ جَارِيَةً شِرَاءً فَاسِدًا ثُمَّ وَطِئَهَا فَرَدَّهَا أُخِذَ بِالْعُقْرِ فِي الْمُكَاتَبَةِ، وَكَذٰلِكَ الْعَبْدُ الْمَأْذُونُ لَهُ) لِأَنَّهُ مِنْ بَابِ التِّجَارَةِ، فَإِنَّ التَّصَرُّفَ تَارَةً يَقَعُ صَحِيحًا وَمَرَّةً يَقَعُ فَاسِدًا، وَالْكِتَابَةُ وَالْإِذْنُ يَنْتَظِمَانِهِ بِنَوْعَيْهِ كَالتَّوْكِيلِ فَكَانَ ظَاهِرًا فِي حَقِّ الْمَوْلَىٰ.

المولىٰ، أمَّا إذا كان التزوج من هؤلاء بإذن السيد فعليهم قيمة الولد والمهر في الحال، لأنَّ كل دينٍ وجبَ على المملوك بسبب مأذونٍ فيه من جهة المولىٰ يُؤاخذ به في الحال، وكل دينٍ وَجَب بسبب غير مأذونٍ فيه من جهة المولىٰ فإنَّما يؤاخذ به بعد العتق.

قوله: وَهٰذَا الْعُقْرُ مِنْ تَوَابِعِهَا، توابعُ التجارة داخلةٌ تحت الكتابة وإن كانت تبرعًا حقيقةً، كالضيافة اليسيرة والهبة اليسيرة، وهذا العقرُ من توابع التجارة ويستند إلى التجارة لأنه لو لا الشراء لوجبَ الحدُّ فصار ملحقًا بدين التجارة وإن كان مقابلًا بغير مالٍ، ولم يظهر في الفصل الثاني لأنَّ وجوبَ العقر باعتبار شبهة النكاح وهو ليسَ من التجارة والاكتساب فلا ينتظمه الكتابة فتأخَّر إلىٰ عتقه كدين الكفالة، والله تعالىٰ أعلم.

فَصْلٌ: إِذا وَلَدَتْ المكَاتَبَـةُ مِنَ المَوْلى

قَالَ: (وَإِذَا وَلَدَتِ المُكَاتَبَةُ مِنَ المَوْلَىٰ فَهِيَ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَتْ مَضَتْ عَلَىٰ الكِتَابَةِ، وَإِنْ شَاءَتْ عَجَّزَتْ نَفْسَهَا، وَصَارَتْ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ) لِأَنَّهَا تَلَقَّتْهَا جِهَتَا حُرِّيَّةٍ عَاجِلَةٌ بِبَدَلٍ وَآجِلَةٌ بِغَيْرِ بَدَلٍ فَتُخَيَّرُ بَيْنَهُمَا، وَنَسَبُ وَلَدِهَا ثَابِتٌ مِنَ المَوْلَىٰ وَهُوَ حُرٌّ لِأَنَّ المَوْلَىٰ يَمْلِكُ الإِعْتَاقَ فِي وَلَدِهَا وَمَا لَهُ مِنَ المِلْكِ يَكْفِي لِصِحَّةِ الِاسْتِيلَادِ بِالدَّعْوَةِ. وَإِذَا مَضَتْ عَلَىٰ الكِتَابَةِ أَخَذَتِ العُقْرَ مِنْ مَوْلَاهَا لِاخْتِصَاصِهَا بِنَفْسِهَا وَبِمَنَافِعِهَا عَلَىٰ

فصل: إذا ولدت المكاتبة من المولى

قوله: يَمْلِكُ الإِعْتَاقَ فِي وَلَدِهَا، لأنَّ الدعوةَ من المولىٰ كالتحرير وإنه يملك تحرير ولدها قصدًا إذا لم يكن منه، فلَأَن يملك تحرير ولدها ضمنًا للدعوة أوْلىٰ.

قوله: وَمَا لَهُ مِنَ المِلْكِ يَكْفِي لِصِحَّةِ الِاسْتِيلَادِ بِالدَّعْوَةِ، وهذا لأنه لمَّا كفىٰ للمكاتب ملك أدنىٰ منه في مكاتبته بدليل عدم جواز إعتاقه لصحة الاستيلاد، حتَّىٰ يثبتُ منه النسب عند الدعوة، فلَأَن يكفي للمولىٰ ما له من الملك وهو أقوىٰ بدليل جواز إعتاقه لصحة الاستيلاد أَوْلىٰ.

قوله: عَلَىٰ مَا قَدَّمْنَا، إشارةٌ إلىٰ قوله قبيل فصل المكاتبة الفاسدة: وإذا وطئ المولىٰ مكاتبته لزمه العقر، لأنَّها صارت أخصَّ بأجزائها.

مَا قَدَّمْنَا. ثُمَّ إِنْ مَاتَ الْمَوْلَىٰ عَتَقَتْ بِالِاسْتِيلَادِ وَسَقَطَ عَنْهَا بَدَلُ الْكِتَابَةِ، وَإِنْ مَاتَتْ هِيَ وَتَرَكَتْ مَالًا تُؤَدَّىٰ مِنْهُ مُكَاتَبَتُهَا وَمَا بَقِيَ مِيرَاثٌ لِابْنِهَا جَرْيًا عَلَىٰ مُوجَبِ الْكِتَابَةِ، وَإِنْ لَمْ تَتْرُكْ مَالًا فَلَا سِعَايَةَ عَلَى الْوَلَدِ لِأَنَّهُ حُرٌّ، وَلَوْ وَلَدَتْ وَلَدًا آخَرَ لَمْ يَلْزَمِ الْمَوْلَىٰ إِلَّا أَنْ يَدَّعِيَ لِحُرْمَةِ وَطْئِهَا عَلَيْهِ، فَلَوْ لَمْ يَدَّعِ وَمَاتَتْ مِنْ غَيْرِ وَفَاءٍ سَعَىٰ هٰذَا الْوَلَدُ لِأَنَّهُ مُكَاتَبٌ تَبَعًا لَهَا، فَلَوْ مَاتَ الْمَوْلَىٰ بَعْدَ ذٰلِكَ عَتَقَ وَبَطَلَ عَنْهُ السِّعَايَةُ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ أُمِّ الْوَلَدِ إِذْ هُوَ وَلَدُهَا فَيَتْبَعُهَا.

قَالَ: (وَإِذَا كَاتَبَ الْمَوْلَىٰ أُمَّ وَلَدِهِ جَازَ) لِحَاجَتِهَا إِلَى اسْتِفَادَةِ الْحُرِّيَّةِ قَبْلَ مَوْتِ الْمَوْلَىٰ وَذٰلِكَ بِالْكِتَابَةِ، وَلَا تَنَافِيَ بَيْنَهُمَا لِأَنَّهُ تَلَقَّتْهَا جِهَتَا حُرِّيَّةٍ (فَإِنْ مَاتَ الْمَوْلَىٰ عَتَقَتْ بِالِاسْتِيلَادِ) لِتَعَلُّقِ عِتْقِهَا بِمَوْتِ السَّيِّدِ (وَسَقَطَ عَنْهَا بَدَلُ الْكِتَابَةِ) لِأَنَّ الْغَرَضَ مِنْ إِيجَابِ الْبَدَلِ الْعِتْقُ عِنْدَ الْأَدَاءِ، فَإِذَا عَتَقَتْ قَبْلَهُ لَمْ يُمْكِنْ تَوْفِيرُ الْغَرَضِ عَلَيْهِ فَسَقَطَ وَبَطَلَتِ

قوله: وَلَوْ وَلَدَتْ وَلَدًا آخَرَ لَمْ يَلْزَمِ الْمَوْلَىٰ إِلَّا أَنْ يَدَّعِيَ لِحُرْمَةِ وَطْئِهَا عَلَيْهِ، وهذا بخلاف أمِّ الولد إذا ولدت ولدًا حيث يلزمُ المولىٰ، لأنَّها أمُّ ولدٍ يحلُّ للمولىٰ وطئها وهذه أمُّ ولدٍ لا يحلُّ للمولىٰ وطئها فلذلك لا يلزم المولىٰ إلا أن يدَّعي، حتَّىٰ إذا عجزت نفسها ثمَّ ولدت ولدًا فإنه يلزم المولىٰ بدون الدعوة، لأنَّها صارت أم ولدٍ يحلُّ وطئها فيحكمُ بثبوت النسب من المولىٰ كسائر أولاد أمِّ الولد.

قوله: جِهَتَا حُرِّيَّةٍ، أي عاجلةٍ ببدل الكتابة وآجلةٍ بغير بدل.

الكِتَابَةُ لِامْتِنَاعِ إِبْقَائِهَا بِغَيْرِ فَائِدَةٍ، غَيْرَ أَنَّهُ تُسَلَّمُ لَهَا الأَكْسَابُ وَالْأَوْلَادُ لِأَنَّ الكِتَابَةَ انْفَسَخَتْ فِي حَقِّ البَدَلِ وَبَقِيَتْ فِي حَقِّ الأَكْسَابِ وَالْأَوْلَادِ، لِأَنَّ الفَسْخَ لِنَظَرِهَا وَالنَّظَرُ فِيمَا ذَكَرْنَاهُ. وَلَوْ أَدَّتِ المُكَاتَبَةُ قَبْلَ مَوْتِ المَوْلَىٰ عَتَقَتْ بِالْكِتَابَةِ لِأَنَّهَا بَاقِيَةٌ.

قَالَ: (وَإِنْ كَاتَبَ مُدَبَّرَتَهُ جَازَ) لِمَا ذَكَرْنَا مِنَ الحَاجَةِ وَلَا تَنَافِي، إِذِ الحُرِّيَّةُ غَيْرُ ثَابِتَةٍ، وَإِنَّمَا الثَّابِتُ مُجَرَّدُ الِاسْتِحْقَاقِ (وَإِنْ مَاتَ المَوْلَىٰ وَلَا مَالَ لَهُ غَيْرُهَا فَهِيَ بِالْخِيَارِ بَيْنَ أَنْ تَسْعَىٰ فِي ثُلُثَيْ قِيمَتِهَا أَوْ جَمِيعِ مَالِ الكِتَابَةِ) وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: تَسْعَىٰ فِي أَقَلَّ مِنْهُمَا. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: تَسْعَىٰ فِي الأَقَلِّ مِنْ ثُلُثَيْ قِيمَتِهَا وَثُلُثَيْ بَدَلِ الكِتَابَةِ، فَالْخِلَافُ فِي الخِيَارِ وَالْمِقْدَارِ، فَأَبُو يُوسُفَ مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ فِي المِقْدَارِ، وَمَعَ مُحَمَّدٍ فِي نَفْيِ الخِيَارِ. أَمَّا الخِيَارُ فَفَرْعُ

قوله: غَيْرَ أَنَّهُ تُسَلَّمُ لَهَا الأَكْسَابُ وَالْأَوْلَادُ، جوابٌ لشبهةٍ وهيَ أن يقال: لمَّا انفسخت الكتابة بموت المولىٰ كان ينبغي أن يسلم الأكساب والأولاد المشتراة في الكتابة للمولىٰ؟ فأجابَ أنَّ الكتابةَ انفسخت في حقِّ البدل وبقيت في حقِّ الأكساب والأولاد، لأنَّ الفسخَ لنظرها والنظرُ في انفساخها في حقِّ سقوط البدل لا في حقِّ الأولاد والأكساب.

قوله: وَإِنْ مَاتَ المَوْلَىٰ وَلَا مَالَ لَهُ غَيْرُهَا، إنَّما قيَّد به لأنه لو كان له مالٌ غيرها وهيَ تخرج من ثلث ماله عتقت بالتدبير وسقطت عنها الكتابة لوقوع الاستغناء بِها عن أداء المال، فكان هذا بمنزلة ما لو أعتق المولىٰ مكاتبه.

تَجَزُّؤِ الإِعْتَاقِ عِنْدَهُ لَمَّا تَجَزَّأَ بَقِيَ الثُّلُثَانِ رَقِيقًا وَقَدْ تَلَقَّاهَا جِهَتَا حُرِّيَّةٍ بِبَدَلَيْنِ مُعَجَّلٌ بِالتَّدْبِيرِ وَمُؤَجَّلٌ بِالْكِتَابَةِ فَتُخَيَّرُ. وَعِنْدَهُمَا لَمَّا عَتَقَ كُلُّهَا بِعِتْقِ بَعْضِهَا فَهِيَ حُرَّةٌ وَجَبَ عَلَيْهَا أَحَدُ المَالَيْنِ فَتَخْتَارُ الأَقَلَّ لَا مَحَالَةَ فَلَا مَعْنَىٰ لِلتَّخْيِيرِ. وَأَمَّا المِقْدَارُ فَلِمُحَمَّدٍ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ قَابَلَ البَدَلَ بِالْكُلِّ وَقَدْ سَلَّمَ لَهَا الثُّلُثَ بِالتَّدْبِيرِ فَمِنَ المُحَالِ أَنْ يَجِبَ البَدَلُ بِمُقَابَلَتِهِ، أَلَا تَرَىٰ أَنَّهُ لَوْ سَلَّمَ لَهَا الكُلَّ بِأَنْ خَرَجَتْ مِنَ الثُّلُثِ يَسْقُطُ كُلُّ بَدَلِ الكِتَابَةِ فَهُنَا يَسْقُطُ الثُّلُثُ وَصَارَ كَمَا إِذَا تَأَخَّرَ التَّدْبِيرُ عَنِ الكِتَابَةِ. وَلَهُمَا أَنَّ جَمِيعَ البَدَلِ مُقَابَلٌ بِثُلُثَيْ رَقَبَتِهَا فَلَا

قوله: وَقَدْ تَلَقَّاهَا جِهَتَا حُرِّيَّةٍ بِبَدَلَيْنِ مُعَجَّلٌ بِالتَّدْبِيرِ وَمُؤَجَّلٌ بِالْكِتَابَةِ فَتُخَيَّرُ، لأنَّ في التخيير فائدةً لجواز أن يكون أداءُ أكثر المالين أيْسَر باعتبار الأجل وأقلُّ المالين أعْسَر لكونه حالًا، فكان في التخيير فائدةً وإن كان جنس المال مُتَّحدًا.

قوله: قَابَلَ البَدَلَ بِالْكُلِّ، أي بكلِّ المدبرة، لأنه أضافَ العقد إلىٰ كلها فقال: كاتبتُك علىٰ هذا، وهيَ محلٌّ قابلٌ لهذا العقد كالقنِّ فيصير كلها مكاتبًا، وإذا كان كذلك وقد سلَّم لها ثُلث نفسها مجانًا فيجبُ أن يسقط بقدره من الثلث، وصار كما إذا استأخَرَ التدبيرَ بأن كاتبَ عبده أوَّلًا ثمَّ دبَّره ثمَّ ماتَ ولا مالَ له سواه، فإنه يسقطُ عنه ثلث بدل الكتابة بالاتفاق.

قوله: وَلَهُمَا أَنَّ جَمِيعَ البَدَلِ مُقَابَلٌ بِثُلُثَيْ رَقَبَتِهَا، ولا يُقال: الظاهرُ أنه إنَّما التزمَ بمقابلة الكلِّ لأنه إنَّما التزمَ ليعتق قبل موت المولىٰ؟ لأنا نقول: استحقاق المدبر العتقَ غير مقرَّر قبل موت المولىٰ، لأنه إن ماتَ قبل موت المولىٰ يبطل الاستحقاق، وإن ماتَ

يَسْقُطُ مِنْهُ شَيْءٌ، وَهٰذَا لِأَنَّ البَدَلَ وَإِنْ قُوبِلَ بِالْكُلِّ صُورَةً وَصِيغَةً لٰكِنَّهُ مُقَيَّدٌ بِمَا ذَكَرْنَا مَعْنًىٰ وَإِرَادَةً لِأَنَّـهَا اسْتَحَقَّتْ حُرِّيَّةَ الثُّلُثِ ظَاهِرًا، وَالظَّاهِرُ أَنَّ الإِنْسَانَ لَا يَلْتَزِمُ المَالَ بِمُقَابَلَةِ مَا يَسْتَحِقُّ حُرِّيَّتَهُ وَصَارَ كَمَا إِذَا طَلَّقَ امْرَأَتَهُ ثِنْتَيْنِ ثُمَّ طَلَّقَهَا ثَلَاثًا عَلَىٰ أَلْفٍ كَانَ جَمِيعُ الأَلْفِ بِمُقَابَلَةِ الوَاحِدَةِ البَاقِيَةِ لِدَلَالَةِ الإِرَادَةِ، كَذَا هَاهُنَا، بِخِلَافِ مَا

المولىٰ قبله يتقرَّر، وبدل الكتابة في الحال كالموقوف بين أن يكون بمقابلة الكلِّ أو الثلثين، فإن أدَّىٰ قبل موته يكون بمقابلة الكلِّ فيُعتقُ كله بأداء البدل، وإن مات المولىٰ أوَّلًا يتقرَّرُ استحقاقه فتبيَّن بموت المولىٰ أوَّلًا أن التزام البدل كان بمقابلة ما لم يتقرَّر استحقاقه، توضيحه أنه إنَّما يلتزمُ البدلَ ليحصل العتق له عاجلًا، أمَّا لو علمَ حصوله بالتدبير قبل الأداء لا يلتزمُ البدل، فإن أدَّىٰ قبل موت المولىٰ يجعلُ بمقابلة الكلِّ، وإذا مات المولىٰ قبل الأداء يجعل بمقابلة الثلثين.

قوله: اسْتَحَقَّتْ حُرِّيَّةَ الثُّلُثِ ظَاهِرًا، إنَّما قيَّد بقوله: ظَاهِرًا، لأنه إذا مات المولىٰ وعليه دينٌ ولا مالَ له غيره فإنه لا يسلم له الثلث إلا بالسعاية.

قوله: وَصَارَ كَمَا إِذَا طَلَّقَ امْرَأَتَهُ ثِنْتَيْنِ - إلىٰ قوله - كَانَ جَمِيعُ الأَلْفِ بِمُقَابَلَةِ الوَاحِدَةِ، فإن قيل: إنَّما قابلنا البدلَ ثمَّة بإزاء ما بقي لوقوع التطليقتين، أمَّا ههنا فللمدبرة حقُّ العتق والملك كاملٌ فيها، ولهذا حلَّ وطئُها فيجوز أن يثبت بإزائه من البدل؟ قلنا: قد سقطت مالية هذا الثلث هنا، ولهذا لو أتلفها إنسانٌ لا يضمن إلا بقيمة الثلثين فيكون البدل بإزاء الباقي.

قوله: لِدَلَالَةِ الإِرَادَةِ، أي إرادة المطلق، لأنَّ الظاهر أنَّها تدفعُ الألفَ في مقابلة الطلقة الواحدة الباقية، لأنه لم يبق إلَّا الطلقة الواحدة الباقية، كذلك ههنا.

إِذَا تَقَدَّمَتِ الكِتَابَةُ وَهِيَ المَسْأَلَةُ الَّتِي تَلِيهِ لِأَنَّ البَدَلَ مُقَابَلٌ بِالْكُلِّ إِذْ لَا اسْتِحْقَاقَ عِنْدَهُ فِي شَيْءٍ فَافْتَرَقَا.

قَالَ: (وَإِنْ دبَّرَ مُكَاتَبَتَهُ صَحَّ التَّدْبِيرُ) لِمَا بَيَّنَّا (وَلَهَا الخِيَارُ، إِنْ شَاءَتْ مَضَتْ عَلَى الكِتَابَةِ، وَإِنْ شَاءَتْ عَجَّزَتْ نَفْسَهَا وَصَارَتْ مُدَبَّرَةً) لِأَنَّ الكِتَابَةَ لَيْسَتْ بِلَازِمَةٍ فِي جَانِبِ المَمْلُوكِ، فَإِنْ مَضَتْ عَلَىٰ كِتَابَتِهَا فَمَاتَ المَوْلَىٰ وَلَا مَالَ لَهُ غَيْرُهَا فَهِيَ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَتْ سَعَتْ فِي ثُلُثَيْ مَالِ الكِتَابَةِ أَوْ ثُلُثَيْ قِيمَتِهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -. وَقَالَا: تَسْعَىٰ فِي الأَقَلِّ مِنْهُمَا، فَالْخِلَافُ فِي هٰذَا الفَصْلِ فِي الخِيَارِ بِنَاءً عَلَىٰ مَا ذَكَرْنَا. أَمَّا المِقْدَارُ فَمُتَّفَقٌ عَلَيْهِ، وَوَجْهُهُ مَا بَيَّنَّا.

قَالَ: (وَإِذَا أَعْتَقَ المَوْلَىٰ مُكَاتَبَهُ عَتَقَ بِإِعْتَاقِهِ) لِقِيَامِ مِلْكِهِ فِيهِ (وَسَقَطَ بَدَلُ الكِتَابَةِ) لِأَنَّهُ مَا التَزَمَهُ إِلَّا مُقَابَلًا بِالْعِتْقِ وَقَدْ حَصَلَ لَهُ دُونَهُ فَلَا يَلْزَمُهُ، وَالْكِتَابَةُ وَإِنْ كَانَتْ لَازِمَةً فِي جَانِبِ المَوْلَىٰ وَلٰكِنَّهُ يُفْسَخُ بِرِضَا العَبْدِ وَالظَّاهِرُ رِضَاهُ تَوَسُّلًا إِلَىٰ عِتْقِهِ بِغَيْرِ بَدَلٍ مَعَ سَلَامَةِ

قوله: عِنْدَهُ، أي عند عقد الكتابة.

قوله: لِمَا بَيَّنَّا، أنه لا تنافي، لأنَّها تلقتها جهتا حريةٍ.

قوله: بِنَاءً عَلَىٰ مَا ذَكَرْنَا، أراد به قوله: أَمَّا الخِيَارُ فَفَرْعُ تَجَزُّؤِ الإِعْتَاقِ.

قوله: وَوَجْهُهُ مَا بَيَّنَّا، أرادَ به قوله: لِأَنَّ البَدَلَ مُقَابَلٌ بِالْكُلِّ.

الأَكْسَابِ لَهُ لِأَنَّا نُبْقِي الكِتَابَةَ فِي حَقِّهِ.

قَالَ: (وَإِنْ كَاتَبَهُ عَلَىٰ أَلْفِ دِرْهَمٍ إِلَىٰ سَنَةٍ فَصَالَحَهُ عَلَىٰ خَمْسِمِائَةٍ مُعَجَّلَةٍ فَهُوَ جَائِزٌ) اسْتِحْسَانًا. وَفِي القِيَاسِ لَا يَجُوزُ لِأَنَّهُ اعْتِيَاضٌ عَنِ الأَجَلِ وَهُوَ لَيْسَ بِمَالٍ وَالدَّيْنُ مَالٌ فَكَانَ رِبًا، وَلِهٰذَا لَا يَجُوزُ مِثْلُهُ فِي الحُرِّ وَمُكَاتَبِ الغَيْرِ. وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ: أَنَّ الأَجَلَ فِي حَقِّ المُكَاتَبِ مَالٌ مِنْ وَجْهٍ لِأَنَّهُ لَا يَقْدِرُ عَلَى الأَدَاءِ إِلَّا بِهِ فَأُعْطِيَ لَهُ حُكْمُ المَالِ، وَبَدَلُ الكِتَابَةِ مَالٌ مِنْ وَجْهٍ حَتَّىٰ لَا تَصِحَّ الكَفَالَةُ بِهِ فَاعْتَدَلَا فَلَا يَكُونُ رِبًا، وَلِأَنَّ عَقْدَ الكِتَابَةِ عَقْدٌ مِنْ وَجْهٍ دُونَ وَجْهٍ

قوله: لِأَنَّا نُبْقِي الكِتَابَةَ فِي حَقِّهِ، أي في حقِّ الكسب، لأنَّ الحكمَ بانفساخ الكتابة في حقِّ سقوط البدل للنظر، والنظرُ في إبقائها في حقِّ سلامة الأكساب.

قوله: فَكَانَ رِبًا، لأنه لمَّا أدَّىٰ خمسَ مائةٍ كانت هذه الخمس مائة بمقابلة خمس مائة من الألف التي في ذمته، فالخمس مائة الأخرىٰ تسلم للمكاتب بالأجل، وأنه ليسَ بمالٍ والدَّين مالٌ فيكون هذا مقابلة المال بغير المال فيكون رِبًا، لأنَّ الربا هو الفضل الخالي عن العوض.

قوله: وَلِهٰذَا لَا يَجُوزُ مِثْلُهُ فِي الحُرِّ، بأن كان للحرِّ علىٰ مثله دينٌ مُؤَجَّلٌ فصالحه علىٰ نصف حقِّه معجلًا لا يجوز، وكذا لو كان علىٰ مكاتب الغير دينٌ مؤجَّلٌ فصالحه علىٰ هذا الوجه لا يجوز، وَبَدَلُ الكِتَابَةِ مَالٌ مِنْ وَجْهٍ، أي ليسَ بمالٍ من كلِّ وجهٍ، حتَّىٰ لا تصحُّ الكفالة ولا يصلحُ نصابًا للزكاة.

قوله: وَلِأَنَّ عَقْدَ الكِتَابَةِ عَقْدٌ مِنْ وَجْهٍ، لأنَّ القياس ينفي هذا العقدَ، لأنَّ المولىٰ

[illegible] شبهة الشبهة، بخلاف العقد بين الحربيين [illegible] والأجل فيه شبهة.

(وإذا كاتب المريض عبده على ألفي درهم إلى سنة وقيمته ألف ثم مات ولا مال له غيره ولم تجز الورثة فإنه يؤدي ثلثي الألفين حالا والباقي إلى أجله أو يرد رقيقا عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: يؤدي ثلثي الألف حالا والباقي إلى أجله) لأن له أن يترك الزيادة بأن يكاتبه على قيمته فله أن يؤخرها وصار كما إذا خالع المريض امرأته على ألف إلى سنة جاز، لأن له أن يطلقها بغير بدل. ولهما أن جميع المسمى بدل الرقبة حتى أجري عليها أحكام الأبدال، وحق الورثة متعلق بالمبدل فكذا بالبدل، والتأجيل إسقاط معنى فيعتبر من ثلث الجميع، بخلاف الخلع لأن البدل فيه لا يقابل المال فلم يتعلق حق الورثة بالمبدل فلا يتعلق بالبدل. (ولو كاتب المريض عبده بثلاثة آلاف إلى سنة وقيمته ألف ثم

[illegible] تعليق العتق بأداء قيمته [illegible]
[illegible] فلا يجوز.

قوله [illegible] حتى يبيع مرابحة على جميع الثمن [illegible] الثمن.

قوله ولو كاتب المريض عبده بثلاثة آلاف إلى سنة وقيمته ألف. أي

مَاتَ وَلَمْ تُجِزِ الوَرَثَةُ فَعِنْدَهُمَا يُقَالُ لِلْمُشْتَرِي أَدِّ ثُلُثَيْ جَمِيعِ الثَّمَنِ حَالًّا وَالثُّلُثَ إِلَىٰ أَجَلِهِ وَإِلَّا فَانْقُضِ البَيْعَ، وَعِنْدَهُ يُعْتَبَرُ الثُّلُثُ بِقَدْرِ القِيمَةِ لَا فِيمَا زَادَ عَلَيْهِ لِمَا بَيَّنَّا مِنَ المَعْنَىٰ.

قَالَ: (وَإِنْ كَاتَبَهُ عَلَىٰ أَلْفٍ إِلَىٰ سَنَةٍ وَقِيمَتُهُ أَلْفَانِ وَلَمْ تُجِزِ الوَرَثَةُ يُقَالُ لَهُ أَدِّ ثُلُثَي القِيمَةِ حَالًّا أَوْ تُرَدُّ رَقِيقًا فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا) لِأَنَّ المُحَابَاةَ هَاهُنَا فِي القَدْرِ وَالتَّأْخِيرِ فَاعْتُبِرَ الثُّلُثُ فِيهِمَا.

أصل اختلافهم هذا في مريضٍ باعَ دارًا قيمتها ألفٌ بثلاثة آلافٍ إلىٰ سنةٍ.

قوله: لِمَا بَيَّنَّا مِنَ المَعْنَىٰ، أرادَ به ما ذُكر من الدليل في الطرفين.

قوله: لِأَنَّ المُحَابَاةَ هَاهُنَا فِي القَدْرِ وَالتَّأْخِيرِ، فإنه تبرُّعٌ بإسقاط أحد الألفين وتأخير الألف الأخرىٰ، والله تعالىٰ أعلم.

* * *

بَابُ مَنْ يُكَاتِبُ عَنِ العَبْدِ

قَالَ: (وَإِذَا كَاتَبَ الحُرُّ عَنْ عَبْدٍ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ، فَإِنْ أَدَّىٰ عَنْهُ عَتَقَ، وَإِنْ بَلَغَ العَبْدُ فَقَبِلَ فَهُوَ مُكَاتَبٌ) وَصُورَةُ المَسْأَلَةِ أَنْ يَقُولَ الحُرُّ لِمَوْلَىٰ العَبْدِ كَاتِبْ عَبْدَك عَلَىٰ أَلْفِ دِرْهَمٍ عَلَىٰ أَنِّي إنْ أَدَّيْتُ إلَيْكَ أَلْفًا فَهُوَ حُرٌّ فَكَاتَبَهُ المَوْلَىٰ عَلَىٰ هٰذَا يُعْتَقُ بِأَدَائِهِ بِحُكْمِ الشَّرْطِ، وَإِذَا قَبِلَ العَبْدُ صَارَ مُكَاتَبًا، لِأَنَّ الكِتَابَةَ كَانَتْ مَوْقُوفَةٌ عَلَىٰ إجَارَتِهِ وَقَبُولُهُ إجَازَةٌ، وَلَوْ لَمْ يَقُلْ عَلَىٰ أَنِّي إنْ أَدَّيْت إلَيْك أَلْفًا فَهُوَ حُرٌّ فَأَدَّىٰ لَا يُعْتَقُ قِيَاسًا لِأَنَّهُ لَا شَرْطَ وَالْعَقْدُ مَوْقُوفٌ عَلَىٰ إجَازَةِ العَبْدِ. وَفِي الِاسْتِحْسَانِ يُعْتَقُ لِأَنَّهُ لَا ضَرَرَ لِلْعَبْدِ الغَائِبِ فِي تَعْلِيقِ العِتْقِ بِأَدَاءِ القَائِلِ فَيَصِحُّ

باب من يكاتب عن العبد

قوله: لِأَنَّهُ لَا شَرْطَ، أي حتّىٰ يعتق لوجوده لأنه لم يقل: إن أدَّيتُ إليك ألفًا فهو حرٌّ، والعقد موقوفٌ والموقوفُ لا حكمَ له.

قوله: لَا ضَرَرَ لِلْعَبْدِ الغَائِبِ، وهذا لأنَّ المولىٰ ينفردُ بإيجاب العتق والحاجة إلىٰ قبول المكاتب لأجل البدل، فإذا تبرَّع الفضوليُّ بأداء البدل، وتصرُّف الفضوليِّ نافذٌ في حقِّ كل حكمٍ ليسَ فيه ضررٌ، ولا ضررَ عليه في عتقه عند تبرع الغير بأداء البدل عنه، فتنعقد الكتابة في حقِّ هذا الحكم وتتوقَّفُ في حكم لزوم الألف على العبد.

فِي حَقِّ هٰذَا الحُكْمِ وَيُتَوَقَّفُ فِي حَقِّ لُزُومِ الأَلْفِ عَلَىٰ العَبْدِ. وَقِيلَ هٰذِهِ هِيَ صُورَةُ مَسْأَلَةِ الكِتَابِ (وَلَوْ أَدَّىٰ الحُرُّ البَدَلَ لَا يَرْجِعُ عَلَى العَبْدِ) لِأَنَّهُ مُتَبَرِّعٌ.

قوله: وَقِيلَ هٰذِهِ هِيَ صُورَةُ مَسْأَلَةِ الكِتَابِ، يعني قيل: صورةُ مسئلة الكتاب ما إذا لم يقل: إن أديتُ إليك ألفًا فهو حُرٌّ، بل قال له: كاتب عبدك علىٰ ألف درهمٍ، وقبل الفضوليُّ عن العبد والحكمُ فيه أنه إن أدَّىٰ عنه عتقَ، وإن بلغ العبد فقيل يصيرُ مكاتبًا، وقيل هذا الجواب أي العتقُ بأداء الفضوليِّ فيما إذا كانت المسئلة مصوَّرةً بصورة التعليق بأن قال الفضوليُّ: عليَّ أنِّي إن أدَّيتُ فهو حرٌّ علىٰ ما قال في الكتاب.

قوله: لِأَنَّهُ مُتَبَرِّعٌ، لأنه لم يأمره بالأداء ولا هو مضطرٌّ في أدائه، وهل له أن يستردَّ ما أدَّىٰ إلى المولىٰ؟ قلنا: إن أدَّاه بحكم الضمان وهو أن يقول: كاتب عبدك علىٰ ألف درهمٍ علىٰ أنِّي ضامنٌ يرجعُ عليه، لأنه أدَّىٰ بضمانٍ فاسدٍ فإنَّ الكفالةَ ببدل الكتابة لا تصحُّ، وإن أدَّىٰ بغير ضامنٍ لا يرجعُ لأنه متبرعٌ حصلَ له مقصوده وهو عتق العبد فلا يرجعُ، كمن تبرَّع بأداء الثمن على المشتري وتمَّ تبرعه، وهذا إذا أدَّىٰ كل بدل الكتابة، وإن أدَّى البعض له أن يرجعَ سواءٌ أدَّىٰ بضمانٍ أو بغير ضمانٍ، إن أدَّىٰ بضمانٍ فلِمَا مرَّ وإن أدَّىٰ بغير ضمانٍ فكذلك، لأنه لم يحصل عوضه وهو العتقُ فكان حكم الأداء موقوفًا فيرجعُ، كمن تبَرَّع بأداء الثمن في بيعٍ موقوفٍ كان له أن يستردَّ من البائع لهذا المعنىٰ، بخلاف ما لو قبل العبد الكتابة ثمَّ تبَرَّع إنسانٌ عنه بأداء بعض بدل الكتابة حيث لا يرجع، لأنَّ ثمَّة حصلَ مقصودٌ آخر وهو براءة ذمة المكاتب عن بعض البدل، وههنا لم يكن في ذمة العبد شيءٌ حتَّىٰ يبرأ بأدائه، هذا إذا أرادَ أن يرجع قبل إجازة العبد، وإن أجازَ الكتابةَ حتَّىٰ نفذت عليه ثمَّ أراد الحرُّ أن يرجعَ بما أدَّىٰ بحكم الضمان يرجع، وإن أدَّىٰ بغير ضمانٍ لا يرجعُ، سواءٌ أدَّى الكلَّ أو البعضَ لأنه متىٰ أجازَ نفذت الكتابة من الابتداء فوقعَ

قَالَ: (وَإِذَا كَاتَبَ العَبْدُ عَنْ نَفْسِهِ وَعَنْ عَبْدٍ آخَرَ لِمَوْلَاهُ وَهُوَ غَائِبٌ، فَإِنْ أَدَّىٰ الشَّاهِدُ أَوِ الغَائِبُ عَتَقَا) وَمَعْنَىٰ المَسْأَلَةِ أَنْ يَقُولَ العَبْدُ كَاتِبْنِي بِأَلْفِ دِرْهَمٍ عَلَىٰ نَفْسِي وَعَلَىٰ فُلَانٍ الغَائِبِ، وَهٰذِهِ كِتَابَةٌ جَائِزَةٌ اسْتِحْسَانًا. وَفِي القِيَاسِ: يَصِحُّ عَلَىٰ نَفْسِهِ لِوِلَايَتِهِ عَلَيْهَا وَيُتَوَقَّفُ فِي حَقِّ الغَائِبِ لِعَدَمِ الوِلَايَةِ عَلَيْهِ. وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ: أَنَّ الحَاضِرَ بِإِضَافَةِ العَقْدِ إِلَىٰ نَفْسِهِ ابْتِدَاءً جَعَلَ نَفْسَهُ فِيهِ أَصْلًا وَالْغَائِبُ تَبَعًا، وَالْكِتَابَةُ عَلَىٰ هٰذَا الوَجْهِ مَشْرُوعَةٌ كَالْأَمَةِ إِذَا كُوتِبَتْ دَخَلَ أَوْلَادُهَا فِي كِتَابَتِهَا تَبعًا حَتَّىٰ عَتَقُوا بِأَدَائِهَا وَلَيْسَ عَلَيْهِمْ مِنَ البَدَلِ شَيْءٌ وَإِذَا أَمْكَنَ تَصْحِيحُهُ عَلَىٰ هٰذَا الوَجْهِ يَنْفَرِدُ بِهِ الحَاضِرُ فَلَهُ أَنْ يَأْخُذَهُ بِكُلِّ البَدَلِ لِأَنَّ البَدَلَ عَلَيْهِ لِكَوْنِهِ أَصْلًا فِيهِ، وَلَا يَكُونُ عَلَى الغَائِبِ مِنَ البَدَلِ شَيْءٌ لِأَنَّهُ تَبَعٌ فِيهِ.

قَالَ: (وَأَيُّهُمَا أَدَّىٰ عَتَقَا وَيُجْبَرُ المَوْلَىٰ عَلَى القَبُولِ) أَمَّا الحَاضِرُ

الأداء مبرئًا لذمّة المكاتب عن بدل الكتابة فيحصلُ مقصود المتبرع فلا يرجعُ.

قوله: وَالْكِتَابَةُ عَلَىٰ هٰذَا الوَجْهِ مَشْرُوعَةٌ، بأن جعلَ نفسه أصلًا في الكتابة والغائب تبعًا، كولد المكاتبة يكون تبعًا لها، فيصحُّ هذا التصرف كذلك، أو يجعل هذا كتابةً للحاضر علىٰ ألفٍ وتعليقًا لعتق الغائب بأداء الألف الذي هو بدلٌ في هذه الكتابة تصحيحًا لتصرُّف العاقل بقدر الإمكان.

قوله: وَأَيُّهُمَا أَدَّىٰ عَتَقَا، أمَّا الحاضر فلأنَّ البدل عليه فيجبر المولىٰ علىٰ قبوله عند

فَلِأَنَّ البَدَلَ عَلَيْهِ. وَأَمَّا الغَائِبُ فَلِأَنَّهُ يَنَالُ بِهِ شَرَفَ الحُرِّيَّةِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ البَدَلُ عَلَيْهِ وَصَارَ كَمُعِيرِ الرَّهْنِ إِذَا أَدَّىٰ الدَّيْنَ يُجْبَرُ المُرْتَهِنُ عَلَى القَبُولِ لِحَاجَتِهِ إِلَى اسْتِخْلَاصِ عَيْنِهِ وَإِنْ لَمْ يَكُنِ الدَّيْنُ عَلَيْهِ.

قَالَ: (وَأَيُّهُمَا أَدَّىٰ لَا يَرْجِعُ عَلَىٰ صَاحِبِهِ) لِأَنَّ الحَاضِرَ قَضَىٰ دَيْنًا عَلَيْهِ وَالْغَائِبُ مُتَبَرِّعٌ بِهِ غَيْرُ مُضْطَرٍّ إِلَيْهِ.

قَالَ: (وَلَيْسَ لِلْمَوْلَىٰ أَنْ يَأْخُذَ الغَائِبَ بِشَيْءٍ) لِمَا بَيَّنَّا ....

أدائه، ويعتق الغائبُ أيضًا لدخوله في كتابة الحاضر تبعًا كما في ولد المكاتبة، أو لما ذكرنا من التعليق ووجود الشرط، وأمَّا إذا أدَّى الغائبُ فلأنَّهُ ينالُ بِهذا الأداء شرف الحرية فلا يكون بمنزلة الأجنبيِّ، بل يكون بمنزلة ولد المكاتبة ومعير الرهن إذا قضىٰ دين الراهن فإنَّ المرتَهن يجبر على القبول لأنه يستخلصُ به ماله، وههنا أولىٰ لأنه يستخلصُ به نفسه ولا يكون للمولىٰ مطالبةً على الغائب لأنه دخلَ في الكتابة تبعًا، كولد المكاتبة، أو لأنه في حقه مجرَّد تعليق العتق بشرط أداء بدل الكتابة، وذلك لا يوجبُ المطالبة، ثمَّ إنَّ العبد الغائبَ وإن دخلَ في عقد الكتابة تبعًا كولد المكاتبة إلا أنَّه أصلٌ من وجهٍ من حيث إنَّ عقد الكتابة أضيفَ إليهما مقصودًا بقوله: كاتبني بألف درهم علىٰ نفسي وعلى فلان الغائب، فكان بدلُ الكتابة منقسمًا عليهما في الأصل، ولهذا لو أعْتَقَ المولى الغائب عُتِقَ وسقطَت حصته من المكاتبة، لأنَّ المال مقابل بالرقبتين في حقِّ المولىٰ والحاضر، وإنَّما جعلناه تابعًا لا حصَّةَ له في حقه لئلا يتضرَّرُ به، فإذا بطلت حصته لم يعتق الحاضر حتى يؤدي حصته، وإن أعتقَ الحاضرُ عُتِقَ وبطلَ عنه حصته من المكاتبة ويؤدي الغائب حصته حالًا، وإلَّا رُدَّ في الرقِّ، لأنَّ الأجل كان مشروطًا للحاضر دون الغائب، بخلاف ولد المكاتبة إذا أعتقه المولىٰ لا يسقطُ عن المكاتبة شيءٌ ويعتقُ بإعتاق المكاتبة.

(فَإِنْ قَبِلَ العَبْدُ الغَائِبُ أَوْ لَمْ يَقْبَلْ فَلَيْسَ ذٰلِكَ مِنْهُ بِشَيْءٍ، وَالْكِتَابَةُ لَازِمَةٌ لِلشَّاهِدِ) لِأَنَّ الكِتَابَةَ نَافِذَةٌ عَلَيْهِ مِنْ غَيْرِ قَبُولِ الغَائِبِ فَلَا تَتَغَيَّرُ بِقَبُولِهِ، كَمَنْ كَفَلَ عَنْ غَيْرِهِ بِغَيْرِ أَمْرِهِ فَبَلَغَهُ فَأَجَازَهُ لَا يَتَغَيَّرُ حُكْمُهُ، حَتَّىٰ لَوْ أَدَّىٰ لَا يُرْجَعُ عَلَيْهِ، كَذَا هٰذَا.

قَالَ: (وَإِذَا كَاتَبَتِ الأَمَةُ عَنْ نَفْسِهَا وَعَنِ ابْنَيْنِ لَهَا صَغِيرَيْنِ فَهُوَ جَائِزٌ،

قوله: فَإِنْ قَبِلَ العَبْدُ الغَائِبُ أَوْ لَمْ يَقْبَلْ فَلَيْسَ ذٰلِكَ مِنْهُ بِشَيْءٍ، أي لا يؤثر قبوله في لزوم بدل الكتابة عليه، لأنه ليسَ للمولىٰ أن يأخذ الغائبَ بشيءٍ أجاز الغائب أو لم يجز، وكذلك ردُّه لا يؤثر في حق ردِّ عقد الكتابة عن الحاضر، بل عقد الكتابة لازمٌ للحاضر وإن ردَّه الغائبُ.

قوله: وَإِذَا كَاتَبَتِ الأَمَةُ عَنْ نَفْسِهَا، أي قبلت عقد الكتابة علىٰ نفسها وعلى ابنين صغيرين لها، والحكم في العبد كذلك، وليسَ في وضع المسئلة في الأمة فائدةٌ سوىٰ ما ذكره أبو جعفر رحمه الله تعالىٰ في كشف الغوامض بقوله: إنَّ لهذه الرواية، أي لرواية الجامع الصغير من الفائدة ما ليسَ في مكاتب المبسوط، فإن هناكَ وضع المسئلة فيمن كاتب عبده علىٰ نفسه وأولاده الصغار، فلو لا رواية الجامع الصغير كان لقائلٍ أن يقول للأب على الصغير من الولاية ما ليسَ للأُمِّ، فبرواية الجامع الصغير تبيَّن أن ذلك كله سواءٌ، وإنَّما قيَّد بالصغير ليدلَّ بذلك أن لا أثرَ لقبول الغائب أو ردِّه، ثمَّ فائدة وضع المسئلة في الصغيرين دون الصغير هيَ أن أيُّهم أدَّىٰ لم يرجع علىٰ صاحبه ويعتقون، لأنه لولا هذا الوضع كان لقائلٍ أن يقول في مثل هذا: إذا أدَّىٰ أحد الابنين ينبغي أن لا يعتق الابن الآخر، لأنه لا أصالة بينهما ولا تبعية، بخلاف الأمة وابنها فإنَّ أداء الأم كأداء ابنها بطريق أنَّ الابن يتبعها، وكذلك أداء الابن كأداء أمِّه لأنه لمَّا دخل في كتابتها بطريق التبعية

وَأَيُّهُمْ أَدَّىٰ لَمْ يَرْجِعْ عَلَىٰ صَاحِبِهِ وَيُجْبَرُ المَوْلَىٰ عَلَىٰ القَبُولِ وَيُعْتَقُونَ) لِأَنَّهَا جَعَلَتْ نَفْسَهَا أَصْلًا فِي الكِتَابَةِ وَأَوْلَادَهَا تَبَعًا عَلَىٰ مَا بَيَّنَّا فِي المَسْأَلَةِ الأُولَىٰ وَهِيَ أَوْلَىٰ بِذٰلِكَ مِنَ الأَجْنَبِيِّ.

صار أداء التبع كأداء الأصل، وأمَّا أداء هذا الابن ليسَ كأداء أخيه لِمَا أنه لا تبعيةَ بينهما، ولهذا وُضع هذه المسئلة في المبسوط في الأولاد الصغار ليفيدَ هذه الفائدة، ولكن اختارَ في الجامع الصغير لفظ الثنية لأنه أقلّ ما يتحقّق فيه هذه الفائدة.

قوله: عَلَىٰ مَا بَيَّنَّا فِي المَسْأَلَةِ الأُولَىٰ، وهيَ ما إذا كاتبَ عن نفسه وعن عبدٍ آخر لمولاه غائب.

قوله: وَهِيَ أَوْلَىٰ بِذٰلِكَ مِنَ الأَجْنَبِيِّ، لأنَّ ولدها أقْرَبُ إليها من الأجنبيِّ، والله تعالىٰ أعلم.

* * *

بَابُ كِتَابَةِ العَبْدِ المُشْتَرَكِ

قَالَ: (وَإِذَا كَانَ العَبْدُ بَيْنَ رَجُلَيْنِ أَذِنَ أَحَدُهُمَا لِصَاحِبِهِ أَنْ يُكَاتِبَ نَصِيبَهُ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ وَيَقْبِضَ بَدَلَ الكِتَابَةِ فَكَاتَبَ وَقَبَضَ بَعْضَ الأَلْفِ ثُمَّ عَجَزَ فَالْمَالُ لِلَّذِي قَبَضَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَالَا: هُوَ مُكَاتَبٌ بَيْنَهُمَا وَمَا أَدَّىٰ فَهُوَ بَيْنَهُمَا) وَأَصْلُهُ أَنَّ الكِتَابَةَ تَتَجَزَّأُ عِنْدَهُ خِلَافًا لَهُمَا بِمَنْزِلَةِ الإِعْتَاقِ، لِأَنَّهَا تُفِيدُ الحُرِّيَّةَ مِنْ وَجْهٍ فَتَقْتَصِرُ عَلَىٰ نَصِيبِهِ عِنْدَهُ لِلتَّجَزُّؤِ، وَفَائِدَةُ الإِذْنِ أَنْ لَا يَكُونَ لَهُ حَقُّ الفَسْخِ كَمَا يَكُونُ لَهُ إِذَا لَمْ يَأْذَنْ، وَإِذْنُهُ لَهُ بِقَبْضِ البَدَلِ إِذْنٌ لِلْعَبْدِ بِالْأَدَاءِ فَيَكُونُ مُتَبَرِّعًا بِنَصِيبِهِ عَلَيْهِ فَلِهٰذَا كَانَ كُلُّ المَقْبُوضِ لَهُ. وَعِنْدَهُمَا

باب كتابة العبد المشترك

قوله: أَنْ يُكَاتِبَ نَصِيبَهُ، أي نصيب المأذون.

قوله: وَأَصْلُهُ، أي وأصل قوله: فالمالُ للذي قبضَ عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ وعندهما هو بينهما نصفان.

قوله: فَيَكُونُ مُتَبَرِّعًا بِنَصِيبِهِ عَلَيْهِ، أي على المكاتب لأنه لمّا أذن أحدهما صاحبه بكتابة نصيبه صار نصيب المكاتب مكاتبًا وبقي نصيب الآذن عبدًا كما كان،

الإِذْنُ بِكِتَابَةِ نَصِيبِهِ إِذْنٌ بِكِتَابَةِ الكُلِّ لِعَدَمِ التَّجَزُّؤِ، فَهُوَ أَصِيلٌ فِي النِّصْفِ وَكِيلٌ فِي النِّصْفِ فَهُوَ بَيْنَهُمَا وَالْمَقْبُوضُ مُشْتَرَكٌ بَيْنَهُمَا فَيَبْقَىٰ كَذٰلِكَ بَعْدَ العَجْزِ.

فحين اكتسبَ كان هذا كسب مملوكٍ بعضه مكاتبٌ وبعضه عبدٌ، فما كان من كسب المكاتب فهو للمكاتب، وما كان من كسب العبد فهو لمولاه، فمتىٰ أذنَ الذي لم يكاتب شريكه بقبض بدل الكتابة فقد أذِن لعبده بقضاء دينه من الكسب الذي يكون له، فيصيرُ الآذن متبرعًا بنصيب نفسه من الكسب على العبد ثمَّ على الشريك، فإذا تمَّ تبرُّعه بقبض الشريك لم يرجع ويصيرُ بمنزلة ما لو وَهَب من مكاتبته شيئًا ثمَّ المكاتبُ مَلَكَهُ من غيره بغوضٍ وعجزٍ، فإن قيل: المتبرِّع له أن يرجع بما تبرَّع به إذا لم يحصل مقصوده من التبرع، كمن تبرَّع بأداء الثمن عن المشتري ثمَّ هَلَك المبيعُ قبل القبض أو استحقَّ يرجع بما تبرَّع به، لأنَّ المقصودَ به من المتبرع وهو سلامة المبيع للمشتري لم يحصل، وكذا لو تبرَّع بالمهر عن الزوج ثمَّ جاءت الفرقة من جهتها قبل الدخول يرجعُ بما تبرَّع به، لأنَّ مقصود المتبرع سلامةُ منفعة البضع للزوج ولم يحصل، فههنا أيضًا مقصود الآذن بالتبرع أن يسلم للمكاتب رقبته بالعتق ولم يحصل بالعجز فينبغي أن يرجعَ، قلنا: المتبرَّع عليه ههنا هو المكاتب من وجهٍ من حيث إنَّ مقصود الآذن عتقه، وبعد العجز صار مرقوقًا له من كلِّ وجهٍ، والمولىٰ لا يستوجبُ علىٰ عبده دينًا ولا عينًا خصوصًا إذا خرجَ عن يده بالتسليم إلى المكاتب، بخلاف الزوجة والبائع لأنَّ ذمتهما محلٌّ صالحٌ لوجوب دين المتبرع فيثبتُ له حقُّ الرجوع إذا لم يحصل مقصوده.

قوله: لِعَدَمِ التَّجَزُّؤِ، ولا يلزمُ كتابة أحدهما بدون إذن الشريك حيثُ تثبت الكتابة قصرًا عليه، لأنَّ الكتابة إنَّما تقتصرُ علىٰ أحد الشريكين إذا كانت غير لازمةٍ، والكتابة هناكَ ليست بلازمةٍ بدليلِ أنَّ الساكتَ يملكُ فسخها وهنا لازمةٌ فأشبهت التدبير.

قَالَ: (وَإِذَا كَانَتْ جَارِيَةٌ بَيْنَ رَجُلَيْنِ كَاتَبَاهَا فَوَطِئَهَا أَحَدُهُمَا فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ فَادَّعَاهُ ثُمَّ وَطِئَهَا الآخَرُ فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ فَادَّعَاهُ ثُمَّ عَجَزَتْ فَهِيَ أُمُّ وَلَدٍ لِلْأَوَّلِ) لِأَنَّهُ لَمَّا ادَّعَىٰ أَحَدُهُمَا الوَلَدَ صَحَّتْ دَعْوَتُهُ لِقِيَامِ المِلْكِ لَهُ فِيهَا وَصَارَ نَصِيبُهُ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ، لِأَنَّ المُكَاتَبَةَ لَا تَقْبَلُ النَّقْلَ مِنْ مِلْكٍ إِلَىٰ مِلْكٍ فَتَقْتَصِرُ أُمُومِيَّةُ الوَلَدِ عَلَىٰ نَصِيبِهِ كَمَا فِي المُدَبَّرَةِ المُشْتَرَكَةِ، وَإِذَا ادَّعَىٰ الثَّانِي وَلَدَهَا الأَخِيرَ صَحَّتْ دَعْوَتُهُ لِقِيَامِ مِلْكِهِ ظَاهِرًا، ثُمَّ إِذَا عَجَزَتْ بَعْدَ ذٰلِكَ جُعِلَتِ الكِتَابَةُ كَأَنْ لَمْ تَكُنْ وَتَبَيَّنَ أَنَّ الجَارِيَةَ كُلَّهَا أُمُّ وَلَدٍ لِلْأَوَّلِ لِأَنَّهُ زَالَ المَانِعُ مِنَ الِانْتِقَالِ وَوَطْؤُهُ سَابِقٌ (وَيَضْمَنُ نِصْفَ قِيمَتِهَا) لِأَنَّهُ تَمَلَّكَ نَصِيبَهُ لَمَّا اسْتَكْمَلَ الِاسْتِيلَادَ (وَنِصْفَ عُقْرِهَا) لِوَطْئِهِ جَارِيَةً مُشْتَرَكَةً (وَيَضْمَنُ شَرِيكُهُ كَمَالَ

قوله: كَمَا فِي المُدَبَّرَةِ المُشْتَرَكَةِ، صورتُها: أمةٌ بين رجلين دبَّراها ثمَّ وطئها أحدهما فجاءت بولدٍ فادَّعاه يثبتُ نسب الولد منه وتقتصرُ أمومية الولد علىٰ نصيبه.

قوله: لِقِيَامِ مِلْكِهِ ظَاهِرًا، قيَّد بقوله: ظَاهِرًا، بالنظر إلىٰ إبقاء الكتابة وبالنظر إلى العجز لا يبقىٰ ملكه فيها، والظاهرُ أنَّها تمضي علىٰ كتابتها فيكون ملك الثاني باقيًا فيها.

قوله: وَوَطْؤُهُ سَابِقٌ، فتصير أمَّ ولدٍ له من ذلك الوقت لأنَّ السببَ هو الوطءُ فصار كما إذا أسْقَط الخيار يثبت الملكُ للمشتري من وقت العقد حتَّىٰ تستحق الزوائد.

قوله: وَيَضْمَنُ شَرِيكُهُ كَمَالَ عُقْرِهَا وَقِيمَةَ الوَلَدِ، فإن قيل: ينبغي أن لا يضمن قيمة الولد، لأنَّ ضمان القيمة في ولد المغرور لِمَا أنَّ المالية تتلف في الولد بحريته فيضمن الأبُ قيمته وهنا الولدُ يتبعُ الأمَّ والأمُّ غير متقوِّمة فكذا الولدُ فلا تجبُ القيمة فكان حُرًّا

عُقْرِهَا وَقِيمَةَ الوَلَدِ وَيَكُونُ ابْنَهُ) لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ المَغْرُورِ، لِأَنَّهُ حِينَ وَطِئَهَا كَانَ مِلْكُهُ قَائِمًا ظَاهِرًا. وَوَلَدُ المَغْرُورِ ثَابِتُ النَّسَبِ مِنْهُ حُرٌّ بِالْقِيمَةِ عَلَىٰ مَا عُرِفَ لٰكِنَّهُ وَطِئَ أُمَّ وَلَدِ الغَيْرِ حَقِيقَةً فَيَلْزَمُهُ كَمَالُ العُقْرِ (وَأَيُّهُمَا دَفَعَ العُقْرَ إِلَىٰ المُكَاتَبَةِ جَازَ) لِأَنَّ الكِتَابَةَ مَا دَامَتْ بَاقِيَةً فَحَقُّ القَبْضِ لَهَا لِاخْتِصَاصِهَا بِمَنَافِعِهَا وَأَبْدَالِهَا، وَإِذَا عَجَزَتْ تَرُدُّ العُقْرَ إِلَىٰ المَوْلَىٰ لِظُهُورِ اخْتِصَاصِهِ (وَهٰذَا) الَّذِي ذَكَرْنَا (كُلُّهُ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: هِيَ أُمُّ وَلَدِ

فلا يجبُ الضمان؟ قلنا: عن أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ في كون أمِّ الولد متقومةً روايتان، فهذا وقع علىٰ رواية التقوُّم فيكون الولد متقوَّمًا علىٰ هذه الرواية فيضمن بالقيمة.

قوله: لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ المَغْرُورِ، لأنَّ الشريكَ وطئها علىٰ حسبان أنَّ بضعها علىٰ حكم ملكه وظهر بالعجز بطلان الكتابة فتبيَّن أنه لا ملكَ له فصار مغرورًا.

قوله: وَهٰذَا الَّذِي ذَكَرْنَا كُلُّهُ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللهُ تَعَالَىٰ: هِيَ أُمُّ وَلَدٍ لِلْأَوَّلِ، وحاصلُ الاختلافِ راجعٌ إلىٰ أنَّ الاستيلاد في المكاتبة يتجزَّىٰ عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، وعندهما لا يتجزَّىٰ، وأجمعوا علىٰ أنه لا يتجزىٰ في القنة ويتجزَّىٰ في المدبرة، لهما أنَّ تكميل الاستيلاد واجبٌ ما أمْكَن، ولهذا يكمل في القنة وأمكن تكميله هنا بفسخ الكتابة، لأنَّ الكتابة إذا انفسخت تصير قنَّةً واستيلاد القنَّة لا يتجزَّىٰ، ولأبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ أنه لا وجهَ لتكميل الاستيلاد إلَّا بتملك نصيب صاحبه، والمكاتبُ لا يحتملُ النقلَ من ملكٍ إلىٰ ملكٍ ولا وجهَ لفسخ الكتابة، لأنَّ المكاتبَ قد رضيَ بحريته بجهة الكتابة ولا رضيَ

لِلْأَوَّلِ وَلَا يَجُوزُ وَطْءُ الآخَرِ) لِأَنَّهُ لَمَّا ادَّعَىٰ الأَوَّلُ الوَلَدَ صَارَتْ كُلُّهَا أُمَّ وَلَدٍ لَهُ لِأَنَّ أُمُومِيَّةَ الوَلَدِ يَجِبُ تَكْمِيلُهَا بِالْإِجْمَاعِ مَا أَمْكَنَ، وَقَدْ أَمْكَنَ بِفَسْخِ الكِتَابَةِ لِأَنَّهَا قَابِلَةٌ لِلْفَسْخِ فَتُفْسَخُ فِيمَا لَا تَتَضَرَّرُ بِهِ المُكَاتَبَةُ وَتَبْقَىٰ الكِتَابَةُ فِيمَا وَرَاءَهُ، بِخِلَافِ التَّدْبِيرِ لِأَنَّهُ لَا يَقْبَلُ الفَسْخَ، وَبِخِلَافِ بَيْعِ المُكَاتَبِ لِأَنَّ فِي تَجْوِيزِهِ إِبْطَالَ الكِتَابَةِ

بحريةٍ آجلةٍ بجهة الاستيلاد، فإذا لم يتمحض الفسخُ منفعةً لا تنفسخ الكتابة، ولهذا قلنا أنَّ الأبَ إذا استولدَ مكاتبة ابنه لا يصحُّ وإن أمْكَن تصحيحه بفسخ الكتابة.

قوله: وَلَا يَجُوزُ وَطْءُ الآخَرِ، أي لا يكون هذا الوطءُ وطئًا يثبت النسب، وإلَّا فعدم جواز الوطء بالاتفاق.

قوله: فَتُفْسَخُ فِيمَا لَا تَتَضَرَّرُ بِهِ المُكَاتَبَةُ، لأنه لا ضرَر لها في كونِها أمَّ الولد بل لها فيه نفعٌ حيثُ لم تبق محلًّا للابتذال بالبيع والهبة وتبقى الكتابة فيما وراءه وهو كونُها أحقُّ بإكسابِها وإكساب ولدها.

قوله: بِخِلَافِ التَّدْبِيرِ، جواب ما قاسَ أبو حنيفة رحمه الله تعالىٰ المكاتبة المشتركة بالمدبرة المشتركة، أي الكتابة بخلاف التدبير من حيثُ إنَّ الكتابةَ قابلةٌ للفسخ والتدبير غير قابل للفسخ، فكذلك إذا استولد الشريك الثاني بعد استيلاد الأول المدبرة المشتركة بينهما صحَّ استيلاده، لِمَا قلنا أنَّ أمومية الولد يجبُ تكميلها ما أمْكَن، وههنا لا إمكان لأنَّ التدبيرَ لا يقبل الفسخُ.

قوله: وَبِخِلَافِ بَيْعِ المُكَاتَبِ، أي لا يفسخ الكتابة بضرورة تجويز البيع، لأنَّ المكاتبَ يتضرَّرُ بفسخ الكتابة بدون رضاه في البيع، وقد قلنا أنه يفسخُ فيما لا يتضرَّرُ المكاتبُ.

إذِ المُشْتَرِي لَا يَرْضَىٰ بِبَقَائِهِ مُكَاتِبًا. وَإِذَا صَارَتْ كُلُّهَا أُمَّ وَلَدٍ لَهُ فَالثَّانِي وَطِئَ أُمَّ وَلَدِ الغَيْرِ (فَلَا يَثْبُتُ نَسَبُ الوَلَدِ مِنْهُ وَلَا يَكُونُ حُرًّا عَلَيْهِ بِالْقِيمَةِ) غَيْرَ أَنَّهُ لَا يَجِبُ الحَدُّ عَلَيْهِ لِلشُّبْهَةِ (وَيَلْزَمُهُ جَمِيعُ العُقْرِ) لِأَنَّ الوَطْءَ لَا يَعْرَىٰ عَنْ إحْدَى الغَرَامَتَيْنِ، وَإِذَا بَقِيَتِ الكِتَابَةُ وَصَارَتْ كُلُّهَا مُكَاتَبَةً لَهُ، قِيلَ يَجِبُ عَلَيْهَا نِصْفُ بَدَلِ الكِتَابَةِ لِأَنَّ الكِتَابَةَ انْفَسَخَتْ فِيمَا لَا تَتَضَرَّرُ بِهِ المُكَاتَبَةُ وَلَا تَتَضَرَّرُ بِسُقُوطِ نِصْفِ البَدَلِ. وَقِيلَ يَجِبُ كُلُّ البَدَلِ لِأَنَّ الكِتَابَةَ لَمْ تَنْفَسِخْ إلَّا فِي حَقِّ التَّمَلُّكِ ضَرُورَةً فَلَا يَظْهَرُ فِي حَقِّ سُقُوطِ نِصْفِ البَدَلِ وَفِي إبْقَائِهِ فِي حَقِّهِ نَظَرٌ لِلْمَوْلَىٰ وَإِنْ كَانَ لَا تَتَضَرَّرُ المُكَاتَبَةُ بِسُقُوطِهِ، وَالْمُكَاتَبَةُ

قوله: غَيْرَ أَنَّهُ لَا يَجِبُ الحَدُّ عَلَيْهِ لِلشُّبْهَةِ، وهي شبهة أنَّها مكاتبةٌ بينهما بالدليل الذي ذكره أبو حنيفة رحمه الله تعالىٰ علىٰ أنَّها تبقىٰ مكاتبةً بينهما.

قوله: لِأَنَّ الوَطْءَ لَا يَعْرَىٰ عَنْ إحْدَى الغَرَامَتَيْنِ، أي إمَّا الحدُّ وإمَّا العقرُ.

قوله: وَصَارَتْ كُلُّهَا مُكَاتَبَةً لَهُ، أي للأوَّل.

قوله: قِيلَ يَجِبُ عَلَيْهَا نِصْفُ بَدَلِ الكِتَابَةِ، وهو اختيار الشيخ الإمام الزاهدي أبي منصور الماتريدي رحمه الله تعالىٰ، لأنَّ الكتابة لمَّا انفسخت في نصيب الثاني سقطَ نصف بدل الكتابة، وقال عامَّة المشايخ رحمهم الله تعالىٰ: تبقىٰ مكاتبةً بجميع بدل الكتابة، لأنَّ انفساخ الكتابة أمر ضروريٌّ فلا يظهرُ فيما عدا تملك الأول نصيب الثاني فبقي العقد الأول كما كان.

قوله: وَفِي إبْقَائِهِ فِي حَقِّهِ، أي في إبقاء عقد الكتابة في حقِّ نصف بدل الكتابة نظرًا

هِيَ الَّتِي تُعْطِي العُقْرَ لِاخْتِصَاصِهَا بِأَبْدَالِ مَنَافِعِهَا. وَلَوْ عَجَزَتْ وَرُدَّتْ فِي الرِّقِّ تَرُدُّ إِلَىٰ المَوْلَىٰ لِظُهُورِ اخْتِصَاصِهِ عَلَىٰ مَا بَيَّنَّا.
قَالَ: (وَيَضْمَنُ الأَوَّلُ لِشَرِيكِهِ فِي قِيَاسِ قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ - رَحِمَهُ اللهُ - نِصْفَ قِيمَتِهَا مُكَاتَبَةً) لِأَنَّهُ تَمَلَّكَ نَصِيبَ شَرِيكِهِ وَهِيَ مُكَاتَبَةٌ فَيَضْمَنُهُ مُوسِرًا كَانَ أَوْ مُعْسِرًا لِأَنَّهُ ضَمَانُ التَّمَلُّكِ (وَفِي قَوْلِ مُحَمَّدٍ:

للمولىٰ أي المستولد الأول وهو حصول بدل الكتابة له.

قوله: عَلَىٰ مَا بَيَّنَّا، أي في بيان قول أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ.

قوله: وَيَضْمَنُ الأَوَّلُ لِشَرِيكِهِ فِي قِيَاسِ قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ نِصْفَ قِيمَتِهَا مُكَاتَبَةً، وهو قولُ أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ في مكاتبٍ بين الشريكين أعتقه أحدهما فإنه يجبُ عليه عند أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ نصف قيمته مكاتبًا، فقياس قوله فيما نحنُ فيه أن يضمن نصف قيمتها مكاتبةً أيضًا، وقيمة المكاتب نصف قيمته قنًّا.

قوله: لِأَنَّهُ ضَمَانُ التَّمَلُّكِ، لظهور آثار الملك فيه من حلِّ الوطء والاستخدام ونحوها، فأمَّا إذا أعتَقه أحدهما أوَّلًا كان هذا ضمانُ إفساد الملك، لأنه لم يظهر أثر من آثار الملك عندهما، والولاءُ ليسَ من آثار التضمين فإنَّ الولاء عندهما للمعتق علىٰ تقدير التضمين وعدمه، فلم يكن ضمان الإعتاق ضمان التملك، وفي قول محمد رحمه الله تعالىٰ يضمن الأقلَّ من نصف قيمتها مكاتبةً ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة، لأنَّ حق شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز، وفي نصف البدل على اعتبار الأداء، فللتَّردد بينهما يجبُ أقلهما لأنه متيقَّنٌ، ولأنه لو بقي من البدل درهمٌ يكون حصته نصف درهمٍ وقد يملكها أحدهما باستيلادٍ فتحيل أن يجبَ عليه نصف القيمة وهو خمس مائة درهمٍ فلهذا أوْجَبنا الأقلَّ.

يَضْمَنُ الأَقَلَّ مِنْ نِصْفِ قِيمَتِهَا وَمِنْ نِصْفِ مَا بَقِيَ مِنْ بَدَلِ الكِتَابَةِ) لِأَنَّ حَقَّ شَرِيكِهِ فِي نِصْفِ الرَّقَبَةِ عَلَى اعْتِبَارِ العَجْزِ، وَفِي نِصْفِ البَدَلِ عَلَى اعْتِبَارِ الأَدَاءِ فَلِتَرَدُّدٍ بَيْنَهُمَا يَجِبُ أَقَلُّهُمَا.

قَالَ: (وَإِذَا كَانَ الثَّانِي لَمْ يَطَأْهَا وَلٰكِنْ دَبَّرَهَا ثُمَّ عَجَزَتْ بَطَلَ التَّدْبِيرُ) لِأَنَّهُ لَمْ يُصَادِفِ المِلْكَ. أَمَّا عِنْدَهُمَا فَظَاهِرٌ لِأَنَّ المُسْتَوْلِدَ تَمَلَّكَهَا قَبْلَ العَجْزِ. وَأَمَّا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - فَلِأَنَّهُ بِالْعَجْزِ تَبَيَّنَ أَنَّهُ تَمَلَّكَ نَصِيبَهُ مِنْ وَقْتِ الوَطْءِ فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ مُصَادِفُ مِلْكِ غَيْرِهِ وَالتَّدْبِيرُ يَعْتَمِدُ المِلْكَ، بِخِلَافِ النَّسَبِ لِأَنَّهُ يَعْتَمِدُ الغُرُورَ عَلَىٰ مَا مَرَّ.

قَالَ: (وَهِيَ أُمُّ وَلَدٍ لِلْأَوَّلِ) لِأَنَّهُ تَمَلَّكَ نَصِيبَ شَرِيكِهِ وَكَمَّلَ الِاسْتِيلَادَ عَلَىٰ مَا بَيَّنَّا (وَيَضْمَنُ لِشَرِيكِهِ نِصْفَ عُقْرِهَا) لِوَطْئِهِ جَارِيَةً مُشْتَرَكَةً (وَنِصْفَ قِيمَتِهَا) لِأَنَّهُ تَمَلَّكَ نِصْفَهَا بِالِاسْتِيلَادِ وَهُوَ تَمَلَّكَ بِالْقِيمَةِ

قوله: وَالتَّدْبِيرُ يَعْتَمِدُ المِلْكَ، بِخِلَافِ النَّسَبِ، والفرقُ أنَّ الثابت قبل العجز هو الملكُ بطريق الظاهر، وذلك يكفي إثبات النسب دون التدبير، ألا يرىٰ أنه لو اشترىٰ أمةً ودبَّرها ثمَّ استحقت يبطل التدبير، ولو استولدها ثمَّ استحقت لم يبطل النسب وكان الولد حُرًّا بالقيمة، كذا ههنا.

قوله: عَلَىٰ مَا بَيَّنَّا، إشارةٌ إلىٰ ما ذكره في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ، ثمَّ إذا عجزت بعد ذلك جعلت الكتابة كأن لم تكن، وبيَّن أنَّ الجارية كلها أم ولد للأول لأنه زالَ المانع من الانتقال.

(وَالْوَلَدُ وَلَدُ الأَوَّلِ) لِأَنَّهُ صَحَّتْ دَعْوَتُهُ لِقِيَامِ المُصَحِّحِ، وَهٰذَا قَوْلُهُمْ جَمِيعًا. وَوَجْهُهُ مَا بَيَّنَّا.

قَالَ: (وَإِنْ كَانَا كَاتَبَاهَا ثُمَّ أَعْتَقَهَا أَحَدُهُمَا وَهُوَ مُوسِرٌ ثُمَّ عَجَزَتْ يَضْمَنُ المُعْتِقُ لِشَرِيكِهِ نِصْفَ قِيمَتِهَا وَيَرْجِعُ بِذٰلِكَ عَلَيْهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -، وَقَالَا: لَا يَرْجِعُ عَلَيْهَا) لِأَنَّهَا لَمَّا عَجَزَتْ وَرُدَّتْ فِي الرِّقِّ تَصِيرُ كَأَنَّهَا لَمْ تَزَلْ قِنَّةً، وَالْجَوَابُ فِيهِ عَلَى الخِلَافِ فِي الرُّجُوعِ وَفِي الخِيَارَاتِ وَغَيْرِهَا ....

قوله: لِقِيَامِ المُصَحِّحِ، وهو الملك في المكاتبة لأنَّ استيلاده كان عند قيام الكتابة، ويصحُّ استيلاد المكاتبة بالإجماع.

قوله: وَهٰذَا قَوْلُهُمْ جَمِيعًا. وَوَجْهُهُ مَا بَيَّنَّا، إشارةٌ إلىٰ قوله: أَمَّا عِنْدَهُمَا فَظَاهِرٌ ... وَأَمَّا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ فَلِأَنَّهُ بِالْعَجْزِ تَبَيَّنَ أَنَّهُ تَمَلَّكَ نَصِيبَهُ مِنْ وَقْتِ الوَطْءِ.

قوله: وَالْجَوَابُ فِيهِ - أي في إعتاق أحد الشريكين القنَّ المشترك - عَلَى الخِلَافِ فِي الرُّجُوعِ، فإنَّ عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ إذا ضمن الساكتُ المعتقَ فالمعتقُ يرجع على العبد، وعندهما لا يرجعُ المعتق على العبد، وفي الخيارات: فإنَّ عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ الشريك الساكت بين الخيارات الثلاث: إن شاء أعتق، وإن شاء استسعى العبد، وإن شاء ضمن شريكه قيمة نصيبه، وعندهما ليسَ له إلا الضمان مع اليسار والسعاية مع الإعسار وغيرها وهو الولاء، فإنَّ عند أبي حنيفة رحمه الله تعالىٰ إن شاء أعتق الساكت أو استسعىٰ فالولاء بينهما، وإن ضمن المعتقُ فالولاء للمعتق،

كَمَا هُوَ مَسْأَلَةُ تَجَزُّؤِ الإِعْتَاقِ وَقَدْ قَرَّرْنَاهُ فِي الإِعْتَاقِ، فَأَمَّا قَبْلَ العَجْزِ لَيْسَ لَهُ أَنْ يُضَمِّنَ المُعْتِقَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - لِأَنَّ الإِعْتَاقَ لَمَّا كَانَ يَتَجَزَّأُ عِنْدَهُ كَانَ أَثَرُهُ أَنْ يُجْعَلَ نَصِيبُ غَيْرِ المُعْتِقِ كَالْمُكَاتَبِ فَلَا يَتَغَيَّرُ بِهِ نَصِيبُ صَاحِبِهِ لِأَنَّهَا مُكَاتَبَةٌ قَبْلَ ذٰلِكَ وَعِنْدَهُمَا لَمَّا كَانَ لَا يَتَجَزَّأُ بِعِتْقِ الكُلِّ فَلَهُ أَنْ يُضَمِّنَهُ قِيمَةَ نَصِيبِهِ مُكَاتَبًا إِنْ كَانَ مُوسِرًا، وَيُسْتَسْعَىٰ العَبْدُ إِنْ كَانَ مُعْسِرًا لِأَنَّهُ ضَمَانُ إِعْتَاقٍ فَيَخْتَلِفُ بِالْيَسَارِ وَالْإِعْسَارِ.

وعندهما الولاءُ للمعتق في الوجهين جميعًا.

قوله: كَمَا هُوَ مَسْأَلَةُ تَجَزُّؤِ الإِعْتَاقِ، يعني كأنَّ مسئلة تجزيء الإعتاق على الخلاف، فكذلك الرجوعُ والخيارات والولاء على الخلاف أيضًا، فكان فيه إشارةً إلىٰ أنَّ الخلاف في هذه الأشياء الثلاثة بناءٌ علىٰ مسئلة تجزيء الإعتاق وعدمه.

قوله: وَعِنْدَهُمَا لَمَّا كَانَ لَا يَتَجَزَّأُ بِعِتْقِ الكُلِّ فَلَهُ أَنْ يُضَمِّنَهُ قِيمَةَ نَصِيبِهِ مُكَاتَبًا، ولم يذكر الخلاف في هذه المسئلة بين أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالىٰ كما ذكر الخلاف في المسئلة المتقدِّمة في رواية الجامع، وفي الزيادات لم يذكر الخلاف أصلًا فتكون هذه المسئلة المتأخرة علىٰ تلك الرواية، ويحتملُ أن يكون قولُ محمدٍ رحمه الله تعالىٰ في تلك المسئلة خاصَّةً ويفرقُ بينهما، ووجه الفرق أنَّ الإعتاق عندهما لا يقبل الوصف بالتجزي فيثبتُ العتق في الكل والعتق ينافي الكتابة ابتداءً وبقاءً، بخلاف الاستيلاد لأنه لا ينافي الكتابة ابتداءً فلا ينافيها بقاءً بالطريق الأولىٰ، كذا في الفوائد الظهيرية.

قوله: لِأَنَّهُ ضَمَانُ إِعْتَاقٍ فَيَخْتَلِفُ بِالْيَسَارِ وَالْإِعْسَارِ، والقياسُ أن لا يختلفُ باليسار والإعسار لأنه ضمانُ إتلافٍ، إلا أنَّا استحسنا وقلنا أنَّ المعتقَ باشرَ السببَ،

قَالَ: (وَإِذَا كَانَ العَبْدُ بَيْنَ رَجُلَيْنِ دَبَّرَهُ أَحَدُهُمَا ثُمَّ أَعْتَقَهُ الآخَرُ وَهُوَ مُوسِرٌ، فَإِنْ شَاءَ الَّذِي دَبَّرَهُ ضَمَّنَ المُعْتِقَ نِصْفَ قِيمَتِهِ مُدَبَّرًا، وَإِنْ شَاءَ اسْتَسْعَىٰ العَبْدَ، وَإِنْ شَاءَ أَعْتَقَ، وَإِنْ أَعْتَقَهُ أَحَدُهُمَا ثُمَّ دَبَّرَهُ الآخَرُ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يُضَمِّنَ المُعْتِقَ وَيُسْتَسْعَىٰ أَوْ يُعْتَقُ، وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -) وَوَجْهُهُ أَنَّ التَّدْبِيرَ يَتَجَزَّأُ عِنْدَهُ فَتَدْبِيرُ أَحَدِهِمَا يَقْتَصِرُ عَلَىٰ نَصِيبِهِ لٰكِنْ يَفْسُدُ بِهِ نَصِيبُ الآخَرِ فَيَثْبُتُ لَهُ خِيَرَةُ الإِعْتَاقِ وَالتَّضْمِينِ وَالِاسْتِسْعَاءِ كَمَا هُوَ مَذْهَبُهُ، فَإِذَا أَعْتَقَ لَمْ يَبْقَ لَهُ خِيَارُ التَّضْمِينِ وَالِاسْتِسْعَاءِ، وَإِعْتَاقُهُ يَقْتَصِرُ عَلَىٰ نَصِيبِهِ لِأَنَّهُ يَتَجَزَّأُ عِنْدَهُ، وَلٰكِنْ يَفْسُدُ بِهِ نَصِيبُ شَرِيكِهِ فَلَهُ أَنْ يُضَمِّنَهُ قِيمَةَ نَصِيبِهِ، وَلَهُ خِيَارُ العِتْقِ وَالِاسْتِسْعَاءِ أَيْضًا كَمَا هُوَ مَذْهَبُهُ وَيُضَمِّنُهُ

أي لمَّا أعتق المعتق نصيبه صار إعتاق نصيبه سببًا لإتلاف نصيب صاحبه دون العلة، فيكون هذا ضمان السبب وهو مبنيٌّ علىٰ صفة التعدِّي، ففيما إذا كان المعتق موسرًا لا بُدَّ من الضمان لأنه يتمكَّن من إحراز الثواب بواسطة إعتاق عبدٍ آخر، فإذا أعْتَق المشترك يكون متعديًا، وفيما إذا كان معسرًا ليس له لإحراز ثواب العتق طريقٌ آخرَ سوىٰ هذا، فلم يكن متعديًا.

قوله: وَلٰكِنْ يَفْسُدُ بِهِ نَصِيبُ شَرِيكِهِ، أي بإعتاق المعتق نصيبه يفسد نصيب المدبر، لأنه كان قبل إعتاقه يملك الاستخدام والاستقلال وكان لا يجبر على الإخراج إلى المعتق، فبعد إعتاق المعتق يكون المدبر مجبورًا على الإخراج إلى المعتق ويكون بمنزلة المكاتب ويكون مختصًّا بأكسابه.

قِيمَةَ نَصِيبِهِ مُدَبَّرًا لِأَنَّ الإِعْتَاقَ صَادَفَ المُدَبَّرَ. ثُمَّ قِيلَ: قِيمَةُ المُدَبَّرِ تُعْرَفُ بِتَقْوِيمِ المُقَوِّمِينَ، وَقِيلَ يَجِبُ ثُلُثَا قِيمَتِهِ وَهُوَ قِنٌّ لِأَنَّ المَنَافِعَ أَنْوَاعٌ ثَلَاثَةٌ: البَيْعُ وَأَشْبَاهُهُ، وَالِاسْتِخْدَامُ وَأَمْثَالُهُ، وَالْإِعْتَاقُ وَتَوَابِعُهُ، وَالْفَائِتُ البَيْعُ فَيَسْقُطُ الثُّلُثُ. وَإِذَا ضَمَّنَهُ لَا يَتَمَلَّكُهُ بِالضَّمَانِ لِأَنَّهُ لَا يَقْبَلُ الِانْتِقَالَ مِنْ مِلْكٍ إِلَىٰ مِلْكٍ، كَمَا إِذَا غَصَبَ مُدَبَّرًا فَأَبَقَ. وَإِنْ أَعْتَقَهُ أَحَدُهُمَا أَوَّلًا كَانَ لِلْآخَرِ الخِيَارَاتُ الثَّلَاثُ عِنْدَهُ، فَإِذَا دَبَّرَهُ لَمْ يَبْقَ لَهُ خِيَارُ التَّضْمِينِ وَبَقِيَ خِيَارُ الإِعْتَاقِ وَالِاسْتِسْعَاءِ لِأَنَّ المُدَبَّرَ

قوله: البَيْعُ وَأَشْبَاهُهُ، وهيَ الهبةُ والصدقةُ والإرثُ والوصيةُ.

قوله: وَالِاسْتِخْدَامُ وَأَمْثَالُهُ، وهيَ الإعارةُ والإجارةُ والوطءُ.

قوله: وَالْإِعْتَاقُ وَتَوَابِعُهُ، وهيَ الكتابةُ والاستيلادُ والتدبيرُ والإعتاقُ علىٰ مالٍ.

قوله: وَإِذَا ضَمَّنَهُ لَا يَتَمَلَّكُهُ بِالضَّمَانِ، لأنَّ هذا ضمانُ حيلولةٍ بين المالك والمملوك لا ضمانُ تملُّكٍ، فإنه بالإعتاق أزالَ يدَ الاستخدام وغيره للمولىٰ، فصار بمنزلة الغاصب.

قوله: كَمَا إِذَا غَصَبَ مُدَبَّرًا فَأَبَقَ، أي حتَّىٰ ضمنَ الغاصبُ القيمةَ لا يملكُ الغاصبَ، فإذا وجده الغاصبُ فله أن يستسعيه.

قوله: فَإِذَا دَبَّرَهُ لَمْ يَبْقَ لَهُ خِيَارُ التَّضْمِينِ، فإن قيل: بالتدبير انتقصَ قيمته فوجبَ أن يضمنه ما بقي من قيمته ناقصًا فصارَ كما إذا سبقَ التدبيرُ الإعتاقَ؟ قلنا: الإعتاقُ إنَّما انعقدَ سببًا للضمان، لأنَّ نصيبَ صاحبه حينئذٍ كان قابلًا للنقل من ملكٍ إلىٰ ملكٍ، وباعتراض التدبير تعذَّرَ بقاء سببية الضمان علىٰ هذا الوجه فيبطلُ السببية أصلًا، ألا يرىٰ

يُعْتَقُ وَيُسْتَسْعَىٰ (وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: إِذَا دَبَّرَهُ أَحَدُهُمَا فَعِتْقُ الآخَرِ بَاطِلٌ) لِأَنَّهُ لَا يَتَجَزَّأُ عِنْدَهُمَا فَيَتَمَلَّكُ نَصِيبَ صَاحِبِهِ بِالتَّدْبِيرِ (وَيَضْمَنُ نِصْفَ قِيمَتِهِ مُوسِرًا كَانَ أَوْ مُعْسِرًا) لِأَنَّهُ ضَمَانُ تَمَلُّكٍ فَلَا يَخْتَلِفُ بِالْيَسَارِ وَالْإِعْسَارِ، وَيَضْمَنُ نِصْفَ قِيمَتِهِ قِنًّا لِأَنَّهُ صَادَفَهُ التَّدْبِيرُ وَهُوَ قِنٌّ (وَإِنْ أَعْتَقَهُ أَحَدُهُمَا فَتَدْبِيرُ الآخَرِ بَاطِلٌ) لِأَنَّ الإِعْتَاقَ لَا يَتَجَزَّأُ فَعَتَقَ كُلُّهُ فَلَمْ يُصَادِفِ التَّدْبِيرُ المِلْكَ وَهُوَ يَعْتَمِدُهُ (وَيَضْمَنُ نِصْفَ قِيمَتِهِ إِنْ كَانَ مُوسِرًا) وَيَسْعَىٰ العَبْدُ فِي ذٰلِكَ إِنْ كَانَ مُعْسِرًا لِأَنَّ هٰذَا ضَمَانُ الإِعْتَاقِ فَيَخْتَلِفُ ذٰلِكَ بِالْيَسَارِ وَالْإِعْسَارِ عِنْدَهُمَا، وَاللهُ تَعَالَىٰ أَعْلَمُ.

أنه لو غصبَ مدبرًا ثمَّ أبق يضمنه، ولو غصبَ قنًّا فدبره المولىٰ ثمَّ أبقَ لا يضمنُ لتعذُّر بقاء السببية علىٰ هذا الوجه الذي انعقدت باعتراض التدبير، بخلاف ما إذا سبقَ التدبير الإعتاق لأنَّ نصيبَ صاحبه وقت الإعتاق لم يكن قابلًا للنقل فأمْكَن القولُ ببقاء السببية على الوجه الذي انعقدت.

بَابُ مَوْتِ الْمُكَاتَبِ وَعِجْزِهِ وَمَوْتِ الْمَوْلَىٰ

قَالَ: (وَإِذَا عَجَزَ الْمُكَاتَبُ عَنْ نَجْمٍ نَظَرَ الحَاكِمُ فِي حَالِهِ، فَإِنْ كَانَ لَهُ دَيْنٌ يَقْبِضُهُ أَوْ مَالٌ يَقْدُمُ عَلَيْهِ لَمْ يَعْجَلْ بِتَعْجِيزِهِ وَانْتَظَرَ عَلَيْهِ الْيَوْمَيْنِ أَوِ الثَّلَاثَةَ) نَظَرًا لِلْجَانِبَيْنِ، وَالثَّلَاثُ هِيَ الْمُدَّةُ الَّتِي ضُرِبَتْ لِإِبْلَاءِ الأَعْذَارِ كَإِمْهَالِ الخَصْمِ لِلدَّفْعِ وَالْمَدْيُونِ لِلْقَضَاءِ فَلَا يُزَادُ عَلَيْهِ (فَإِنْ

باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى

قوله: وَإِذَا عَجَزَ الْمُكَاتَبُ عَنْ نَجْمٍ، النجمُ هو الطالعُ ثم سُمِّي به الوقت، ومنه قول الشافعي: أقلُّ التأجيل نجمان، أى شهران، ثمَّ سُمِّي به ما يؤدَّىٰ فيه من الوظيفة، ومنه حديث عُمر رضي الله تعالىٰ عنه أنه حطَّ عن مكاتبٍ له أوَّل نجمٍ حلَّ عليه، أي أوَّل وظيفة من وظائف بدل الكتابة، ثمَّ اشتقوا منه فقالوا: نجم الدية نجومًا، ومنه قوله: التنجُّم ليس بشرطٍ، ودين منجَّم جعل نجومًا، وأصل هذا نجوم الأنواء لأنَّهم كانوا يعرفون الحساب، وإنَّما يحفظونه من أوْقَات السَّنَة بالأنواء.

قوله: كَإِمْهَالِ الخَصْمِ لِلدَّفْعِ، أي إذا توجَّه عليه الحكمُ وادَّعى الدفعَ ببينةٍ حاضرةٍ فإنه يمهلُ ثلاثة أيَّامٍ.

قوله: وَالْمَدْيُونِ لِلْقَضَاءِ، فإنه إذا أقرَّ بدينٍ وسألَ أن يمهله ثلاثة أيام ليحضر المالَ أو ليبيعَ عينًا في يده أجابه إلىٰ ذلك ولم يكن بذلك ممتنعًا عن أدائه ولم يحبسه به.

لَمْ يَكُنْ لَهُ وَجْهٌ وَطَلَبَ المَوْلَىٰ تَعْجِيزَهُ عَجَّزَهُ وَفَسَخَ الكِتَابَةَ، وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: لَا يُعَجِّزُهُ حَتَّىٰ يَتَوَالَىٰ عَلَيْهِ نَجْمَانِ) لِقَوْلِ عَلِيٍّ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: «إِذَا تَوَالَىٰ عَلَى المُكَاتَبِ نَجْمَانِ رُدَّ فِي الرِّقِّ عَلَّقَهُ بِهٰذَا الشَّرْطِ»، وَلِأَنَّهُ عَقْدُ إِرْفَاقٍ حَتَّىٰ كَانَ أَحْسَنُهُ مُؤَجَّلَهُ وَحَالَةُ الوُجُوبِ بَعْدَ حُلُولِ نَجْمٍ فَلَا بُدَّ مِنْ إِمْهَالِ مُدَّةٍ اسْتِيسَارًا، وَأَوْلَىٰ المُدَدِ مَا تَوَافَقَ عَلَيْهِ العَاقِدَانِ. وَلَهُمَا أَنَّ سَبَبَ الفَسْخِ قَدْ تَحَقَّقَ وَهُوَ العَجْزُ، لِأَنَّ مَنْ عَجَزَ عَنْ أَدَاءِ نَجْمٍ وَاحِدٍ يَكُونُ أَعْجَزَ عَنْ أَدَاءِ نَجْمَيْنِ، وَهٰذَا لِأَنَّ مَقْصُودَ المَوْلَىٰ الوُصُولُ إِلَى المَالِ عِنْدَ حُلُولِ نَجْمٍ وَقَدْ فَاتَ فَيُفْسَخُ إِذَا لَمْ يَكُنْ رَاضِيًا بِدُونِهِ، بِخِلَافِ اليَوْمَيْنِ وَالثَّلَاثَةِ لِأَنَّهُ لَا بُدَّ مِنْهَا لِإِمْكَانِ الأَدَاءِ فَلَمْ يَكُنْ تَأْخِيرًا، وَالْآثَارُ مُتَعَارِضَةٌ، فَإِنَّ المَرْوِيَّ عَنِ ابْنِ عُمَرَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا - أَنَّ مُكَاتَبَةً لَهُ عَجَزَتْ عَنْ أَدَاءِ نَجْمٍ وَاحِدٍ فَرَدَّهَا فَسَقَطَ الِاحْتِجَاجُ بِهَا.

قوله: لِقَوْلِ عَلِيٍّ رَضِيَ اللهُ تَعَالَىٰ عَنْهُ: إِذَا تَوَالَىٰ عَلَى المُكَاتَبِ نَجْمَانِ رُدَّ فِي الرِّقِّ عَلَّقَهُ بِهٰذَا الشَّرْطِ، والمعلَّقُ بالشرط عدم قبل وجوده، ذكر فخر الإسلام علقه بهذا الشرط والمعلَّقُ بالشرطين لا ينزلُ عند وجود أحدهما وهذا أمرٌ لا يعرفُ قياسًا فصار المرويُّ عنه كالمرويِّ عن النبي صلى الله عليه وسلم.

قوله: وَالْآثَارُ مُتَعَارِضَةٌ، فَإِنَّ المَرْوِيَّ عَنِ ابْنِ عُمَرَ رَضِيَ اللهُ تَعَالَىٰ عَنْهُمَا أَنَّ مُكَاتَبَةً لَهُ عَجَزَتْ عَنْ نَجْمٍ فَرَدَّهَا فَيَسْقُطُ الِاحْتِجَاجُ بِهَا، هذا جوابٌ عمَّا تمسَّك

قَالَ: (فَإِنْ أَخَلَّ بِنَجْمٍ عِنْدَ غَيْرِ السُّلْطَانِ فَعَجَزَ فَرَدَّهُ مَوْلَاهُ بِرِضَاهُ فَهُوَ جَائِزٌ) لِأَنَّ الكِتَابَةَ تُفْسَخُ بِالتَّرَاضِي مِنْ غَيْرِ عُذْرٍ فَبِالْعُذْرِ أَوْلَىٰ (وَلَوْ لَمْ يَرْضَ بِهِ العَبْدُ لَا بُدَّ مِنَ القَضَاءِ بِالْفَسْخِ) لِأَنَّهُ عَقْدٌ لَازِمٌ تَامٌّ فَلَا بُدَّ مِنَ القَضَاءِ أَوِ الرِّضَا كَالرَّدِّ بِالْعَيْبِ بَعْدَ القَبْضِ.

قَالَ: (وَإِذَا عَجَزَ المُكَاتَبُ عَادَ إِلَىٰ أَحْكَامِ الرِّقِّ) لِانْفِسَاخِ الكِتَابَةِ

أبو يوسفُ رحمه الله تعالىٰ بقول عليٍّ رضي الله تعالىٰ عنه بأنَّ الأثرَ المرويَّ عن ابن عُمر رضي الله تعالىٰ عنه يعارضه ما ذكره في الكتاب فيسقط الاحتجاج بها، أي بالآثار المتعارضة لأنَّ الحديثين إذا تعارضا وجهل تاريخهما تساقطا فيصارُ إلىٰ ما بعدهما من الحجة فبقي ما قالا من الدليل: أنَّ سبب الفسخ قد تحقَّق إلخ، سالمًا عن المعارض فيثبتُ الفسخ به، أو نقول: إنَّ في حديث عليٍّ رضي الله تعالىٰ عنه بيان أنَّ حقَّ الفسخ يثبتُ للمولىٰ بكسر نجمين وليسَ فيه نفيُ حقِّ الفسخ عند كسر نجمٍ واحدٍ بل هو مسكوتٌ عنه فيكونُ موقوفًا إلىٰ قيام الدليل، وهو ما روينا من حديث ابن عُمرَ رضيَ الله تعالىٰ عنه فإنَّ ذلك كالمرويِّ عن النبيِّ صلَّى الله عليه وسلم لأنَّ ما يقوله الصحابيُّ من المقادير يحمل على السماع لأنه لا يدركه القياس.

قوله: فَإِنْ أَخَلَّ بِنَجْمٍ عِنْدَ غَيْرِ السُّلْطَانِ، أي غير القاضي.

قوله: وَلَوْ لَمْ يَرْضَ بِهِ العَبْدُ لَا بُدَّ مِنَ القَضَاءِ بِالْفَسْخِ، وفي بعض الروايات: ينفردُ المولىٰ بالفسخ ولا يشترطُ رضاه، كما إذا وجد بالمشتري عيبًا قبل القبض فإنه ينفرد المشتري بالفسخ، وجه هذه الرواية أنَّ هذا عيبٌ تمكَّن في أحد العوضين قبل تمام العقد، لأنَّ تمام الكتابة بالأداء، لأنَّ تمام العقد بوقوع الفراغ عن استيفاء أحكامه فيشبهُ من هذا الوجه بما لو وجد المشتري معيبًا قبل القبض وهناكَ ينفرد المشتري بالفسخ ولا

(وَمَا كَانَ فِي يَدِهِ مِنَ الأَكْسَابِ فَهُوَ لِمَوْلَاهُ) لِأَنَّهُ ظَهَرَ أَنَّهُ كَسْبُ عَبْدِهِ، وَهٰذَا لِأَنَّهُ كَانَ مَوْقُوفًا عَلَيْهِ أَوْ عَلَىٰ مَوْلَاهُ وَقَدْ زَالَ التَّوَقُّفُ.

قَالَ: (فَإِنْ مَاتَ المَكَاتِبُ وَلَهُ مَالٌ لَمْ تَنْفَسِخِ الكِتَابَةُ وَقَضَىٰ مَا عَلَيْهِ مِنْ مَالِهِ وَحَكَمَ بِعِتْقِهِ فِي آخرِ جُزْءٍ مِنْ أَجْزَاءِ حَيَاتِهِ وَمَا بَقِيَ فَهُوَ مِيرَاثٌ لِوَرَثَتِهِ وَيَعْتِقُ أَوْلَادُهُ) وَهٰذَا قَوْلُ عَلِيٍّ وَابْنِ مَسْعُودٍ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا -، وَبِهِ أَخَذَ عُلَمَاؤُنَا - رَحِمَهُمُ اللهُ -. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ -: تَبْطُلُ الكِتَابَةُ وَيَمُوتُ عَبْدًا وَمَا تَرَكَهُ لِمَوْلَاهُ، وَإِمَامُهُ فِي ذٰلِكَ زَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - وَلِأَنَّ المَقْصُودَ مِنَ الكِتَابَةِ عِتْقُهُ وَقَدْ تَعَذَّرَ إِثْبَاتُهُ فَتَبْطُلُ، وَهٰذَا لِأَنَّهُ لَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يَثْبُتَ بَعْدَ المَمَاتِ مَقْصُودًا أَوْ يَثْبُتَ قَبْلَهُ أَوْ بَعْدَهُ مُسْتَنِدًا، لَا وَجْهَ إِلَى الأَوَّلِ لِعَدَمِ المَحَلِّيَّةِ، وَلَا إِلَى الثَّانِي لِفَقْدِ الشَّرْطِ وَهُوَ الأَدَاءُ، وَلَا إِلَى الثَّالِثِ لِتَعَذُّرِ الثُّبُوتِ

يحتاجُ فيه إلىٰ قضاء القاضي فهنا كذلكَ، وجه الرواية الأخرىٰ أنَّ هذا عيبٌ تمكَّن في أحد العوضين بعد القبض، لأنَّ المكاتبَ بعقد الكتابة صارَ في يده فأشْبَه من هذا الوجه بما لو وجد المشتري بالمشترىٰ عيبًا بعد القبض وهناكَ المشتري لا ينفردُ بالفسخ، كذا هنا.

قوله: لِأَنَّهُ كَانَ مَوْقُوفًا عَلَيْهِ أَوْ عَلَىٰ مَوْلَاهُ، لأنه إن أدَّىٰ بدل الكتابة فكسبه للمكاتب، وإن عجز فللمولىٰ.

قوله: لَا وَجْهَ إِلَى الأَوَّلِ لِعَدَمِ المَحَلِّيَّةِ، وذلك لأنَّ الميِّتَ ليسَ بمحلٍّ للعتق ابتداءً، لِمَا في العتق من إحداث قوة المالكية، وذلك لا يتصور في الميت، ولا يجوز أن

فِي الحَالِ وَالشَّيْءُ يَثْبُتُ ثُمَّ يَسْتَنِدُ. وَلَنَا أَنَّهُ عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ، وَلَا يَبْطُلُ بِمَوْتِ أَحَدِ المُتَعَاقِدَيْنِ وَهُوَ المَوْلَىٰ فَكَذَا بِمَوْتِ الآخَرِ، وَالْجَامِعُ بَيْنَهُمَا الحَاجَةُ إِلَىٰ إِبْقَاءِ العَقْدِ لِإِحْيَاءِ الحَقِّ، بَلْ أَوْلَىٰ لِأَنَّ حَقَّهُ آكَدُ مِنْ حَقِّ المَوْلَىٰ حَتَّىٰ لَزِمَ العَقْدُ فِي جَانِبِهِ، وَالْمَوْتُ أَنفَىٰ لِلْمَالِكِيَّةِ مِنْهُ لِلْمَمْلُوكِيَّةِ فَيَنْزِلُ حَيًّا تَقْدِيرًا، أَوْ تَسْتَنِدُ الحُرِّيَّةُ

يستند إلىٰ حال حياته لأنَّ المعلَّق بالشرط لا يسبقُ الشرط، وفي إسناده إلىٰ حال حياته إثباتُ العتق المعلَّق بالشرط قبل وجود الشرط وهو الأداء.

قوله: وَلَنَا أَنَّهُ عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ، احترازٌ عن النكاح والوكالة، وذلك لأنه ثبتَ للمكاتب مالكية اليد وللمولىٰ المطالبة ببدل الكتابة وقضية المعاوضة المساواة، ولا تنفسخ الكتابة بموت المولىٰ فكذا بموت المكاتب.

قوله: وَالْمَوْتُ أَنفَىٰ لِلْمَالِكِيَّةِ مِنْهُ لِلْمَمْلُوكِيَّةِ، لأنَّ المملوكية عبارةٌ عن المقدورية والمقهورية، والمالكية عبارة عن القادرية والقاهرية، ولهذا يوصف الجماد بكونه مملوكًا ولا يوصف بكونه مالكًا، والموت أنفىٰ للقادرية والقاهرية منه للمقدورية والمقهورية، فإذا جاز بقاءُ العقد مع أقوى المنافيين لأدنى الحاجتين فلأن يبقى العقد مع أدنى المنافيين لا على الحاجتين أوْلَىٰ وأحْرَىٰ، وأمَّا ما ذكره الشافعي رحمه الله تعالىٰ من التَّرديد فنقول: أنه يعتق بعد الموت عند البعض بأن تقدر حيًّا قابلًا للعتق، كما قدر المولىٰ حيًّا ومالكًا ومعتقًا في فصل موت المولىٰ، ولهذا قدَّرنا الميت بعد موته حيًّا ومالكًا لأمواله فيما يحتاجُ إلىٰ قضاء دينه وتنفيذ وصيته، والجمهور علىٰ أنه يعتق في آخر جزءٍ من أجزاء حياته، إما لأنَّ سبب الأداء موجودٌ قبل الموت فيستند الأداء إليه ويجعل أداء خلفه كأدائه بنفسه، فإن قيل: الأداء فعلٌ حسيٌّ والاستناد إنَّما يكون في التصرفات

بِاسْتِنَادِ سَبَبِ الأَدَاءِ إِلَىٰ مَا قَبْلَ المَوْتِ وَيَكُونُ أَدَاءُ خَلَفِهِ كَأَدَائِهِ، وَكُلُّ ذٰلِكَ مُمْكِنٌ عَلَىٰ مَا عُرِفَ تَمَامُهُ فِي الخِلَافِيَّاتِ.

قَالَ: (وَإِنْ لَمْ يَتْرُكْ وَفَاءً وَتَرَكَ وَلَدًا مَوْلُودًا فِي الكِتَابَةِ سَعَىٰ فِي كِتَابَةِ أَبِيهِ عَلَىٰ نُجُومِهِ فَإِذَا أَدَّىٰ حَكَمْنَا بِعِتْقِ أَبِيهِ قَبْلَ مَوْتِهِ وَعِتْقِ الوَلَدِ) لِأَنَّ الوَلَدَ دَاخِلٌ فِي كِتَابَتِهِ وَكَسْبُهُ كَكَسْبِهِ فَيَخْلُفُهُ فِي الأَدَاءِ وَصَارَ كَمَا إِذَا تَرَكَ وَفَاءً (وَإِنْ تَرَكَ وَلَدًا مُشْتَرًىٰ فِي الكِتَابَةِ قِيلَ لَهُ إِمَّا أَنْ تُؤَدِّيَ الكِتَابَةَ حَالَّةً أَوْ تُرَدَّ رَقِيقًا) وَهٰذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -.

الشرعية؟ قلنا: نعم ولكن فعل النائب مضافٌ إلى المنوب وهذه الإضافة شرعيةٌ، ألا ترىٰ أنَّ من رمىٰ صيدًا فماتَ قبل أن يصيب ثمَّ أصابَ صار ملكًا له ووَرِثَ عنه، والميِّتُ ليس بأهل للملك ولكن لمَّا صحَّ السبب والملك يجبُ بعد تمام السبب، وتمامه بالإضافة وهو ليسَ بأهلٍ له ثبت الملكُ من حين الإمكان وهو آخر جزءٍ من أجزاء حياته، فكذا هنا لمَّا كان السبب منعقدًا وهو عقد الكتابة والعتقُ موقوفٌ على الأداء والأداء جائزٌ بعد الموت والحكم وهو وقوع العتق ممَّا يمكن إثباته من حين الموت كالملك، ثمَّ حكمنا بعتقه في آخر جزءٍ من أجزاء حياته، وإمَّا بأن تقام التَّركة الموجودة منه في آخر جزءٍ من أجزاء حياته مقامَ التخلية بين المال وبين المولىٰ وهو الأداء المستحقُّ عليه.

قوله: بِاسْتِنَادِ سَبَبِ الأَدَاءِ، أي بسببٍ هو الأداء.

قوله: لِأَنَّ الوَلَدَ دَاخِلٌ فِي كِتَابَتِهِ، هذه النكتة تقتضي أن لا يعتق الولد المشتري إلا أن يعتقه لمعنًى آخر، وهو أنَّ مقصود المكاتب أن يعتق بجميع أجزائه فلذلك يعتق بأداء الحال تحقيقًا لمقصود العاقد بقدر الإمكان.

وَأَمَّا عِنْدَهُمَا يُؤَدِّيهِ إِلَىٰ أَجَلِهِ اعْتِبَارًا بِالْوَلَدِ المَوْلُودِ فِي الكِتَابَةِ، وَالْجَامِعُ أَنَّهُ يُكَاتِبُ عَلَيْهِ تبعًا لَهُ وَلِهٰذَا يَمْلِكُ المَوْلَىٰ إِعْتَاقَهُ بِخِلَافِ سَائِرِ أَكْسَابِهِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَهُوَ الفَرْقُ بَيْنَ الفَصْلَيْنِ أَنَّ الأَجَلَ يَثْبُتُ شَرْطًا فِي العَقْدِ فَيَثْبُتُ فِي حَقِّ مَنْ دَخَلَ تَحْتَ العَقْدِ وَالْمُشْتَرَىٰ لَمْ يَدْخُلْ لِأَنَّهُ لَمْ يُضِفْ إِلَيْهِ العَقْدَ وَلَا يَسْرِي حُكْمُهُ إِلَيْهِ لِانْفِصَالِهِ، بِخِلَافِ المَوْلُودِ فِي الكِتَابَةِ لِأَنَّهُ مُتَّصِلٌ وَقْتَ الكِتَابَةِ فَيَسْرِي الحُكْمُ إِلَيْهِ وَحَيْثُ دَخَلَ فِي حُكْمِهِ سَعَىٰ فِي نُجُومِهِ (فَإِنِ اشْتَرَىٰ ابْنَهُ ثُمَّ مَاتَ وَتَرَكَ وَفَاءً وَرِثَهُ ابْنُهُ) لِأَنَّهُ لَمَّا حَكَمَ بِحُرِّيَّتِهِ فِي آخِرِ جُزْءٍ مِنْ أَجْزَاءِ حَيَاتِهِ يُحْكَمُ بِحُرِّيَّةِ ابْنِهِ فِي ذٰلِكَ الوَقْتِ لِأَنَّهُ تَبَعٌ لِأَبِيهِ فِي الكِتَابَةِ فَيَكُونُ هٰذَا حُرًّا يَرِثُ عَنْ حُرٍّ (وَكَذٰلِكَ إِنْ كَانَ هُوَ وَابْنُهُ مُكَاتَبَيْنِ كِتَابَةً وَاحِدَةً) لِأَنَّ الوَلَدَ إِنْ كَانَ صَغِيرًا فَهُوَ تَبَعٌ لِأَبِيهِ،

قوله: بِخِلَافِ سَائِرِ أَكْسَابِهِ، فإنَّ المولىٰ لا تصرُّفَ له في إكساب المكاتب، ولهذا لا يقدرُ علىٰ إعتاق عبد المكاتب.

قوله: وَكَذٰلِكَ إِنْ كَانَ هُوَ وَابْنُهُ مُكَاتَبَيْنِ كِتَابَةً وَاحِدَةً، يرثه، أي ابنه وقيَّد بقوله: كِتَابَةً وَاحِدَةً، احترازًا عمَّا لو كانا مكاتبين كلُّ واحد منهما بعقدٍ واحدٍ، لأنَّ الولدَ إن كان منفردًا بكتابةٍ فأدَّاها بعد الموت قبل قضاء مكاتبه أو بعده لم يرثه، لأنه مقصودٌ بالكتابة، وإنَّما يعتق من وقت أداء البدل مقصورًا عليه لأنَّ الاستناد للضرورة ولا ضرورةَ في حقه ههنا، فإذا لم يستند عتقه كان عبدًا عند موت أبيه فلهذا لا يرثه.

وَإِنْ كَانَ كَبِيرًا جُعِلَا كَشَخْصٍ وَاحِدٍ، فَإِذَا حَكَمَ بِحُرِّيَّةِ الأَبِ يَحْكُمُ بِحُرِّيَّتِهِ فِي تِلْكَ الحَالَةِ عَلَىٰ مَا مَرَّ.

قَالَ: (وَإِنْ مَاتَ المُكَاتَبُ وَلَهُ وَلَدٌ مِنْ حُرَّةٍ وَتَرَكَ دَيْنًا وَفَاءً بِمُكَاتَبَتِهِ فَجَنَىٰ الوَلَدُ فَقُضِيَ بِهِ عَلَىٰ عَاقِلَةِ الأُمِّ لَمْ يَكُنْ ذٰلِكَ قَضَاءً بِعَجْزِ المُكَاتَبِ) لِأَنَّ هٰذَا القَضَاءَ يُقَرِّرُ حُكْمَ الكِتَابَةِ، لِأَنَّ مِنْ قَضِيَّتِهَا إِلْحَاقُ الوَلَدِ بِمَوَالِي الأُمِّ وَإِيجَابِ العَقْلِ عَلَيْهِمْ، لٰكِنْ عَلَىٰ وَجْهٍ يَحْتَمِلُ أَنْ يُعْتَقَ فَيَنْجَرَّ الوَلَاءُ إِلَىٰ مَوَالِي الأَبِ، وَالْقَضَاءُ بِمَا يُقَرِّرُ حُكْمَهُ لَا يَكُونُ تَعْجِيزًا (وَإِنِ اخْتَصَمَ مَوَالِي الأُمِّ وَمَوَالِي الأَبِ فِي وَلَائِهِ

قوله: وَإِنْ كَانَ كَبِيرًا جُعِلَا كَشَخْصٍ وَاحِدٍ، لاتحاد عقد الكتابة، وهذا لأنَّ الكتابةَ لمَّا كانت واحدةً ونجومها واحدةٌ فإنَّهما يعتقان معًا إن أدَّيا، ويردان معًا في الرقِّ إن لم يؤديا، وقد عتق العبد في آخر جزءٍ من أجزاء حياته فيعتق الابن معه في تلك الحالة، فيرثه لذلك.

قوله: وَإِنْ مَاتَ المُكَاتَبُ وَلَهُ وَلَدٌ مِنْ حُرَّةٍ - أي معتقةٍ - وَتَرَكَ دَيْنًا وَفَاءً، بكتابته، قيَّد بالدَّين لأنه لو ترك عينًا لا يتأتَّى القضاءُ بالإلحاق بالأم، إذ يمكن الوفاء في الحال.

قوله: وَإِنِ اخْتَصَمَ مَوَالِي الأُمِّ، يعني اختصموا بعدَ موت الولد في إرثه بالولاء قبل أداء بدل الكتابة فقضى القاضي بالولاء لقوم الأمِّ يكون قضاءً بعجز المكاتب وموته عبدًا، لأنَّ من ضرورة كون الولاء لقوم الأمِّ موتُ المكاتب عبدًا، لأنه لو مات حُرًّا لا يجرُّ الولاء إليه من قوم الأمِّ.

فَقَضَىٰ بِهِ لِمَوَالِي الأُمِّ فَهُوَ قَضَاءٌ بِالْعَجْزِ) لِأَنَّ هٰذَا اخْتِلَافٌ فِي الوَلَاءِ مَقْصُودًا، وَذٰلِكَ يَبْتَنِي عَلَىٰ بَقَاءِ الكِتَابَةِ وَانْتِقَاضِهَا، فَإِنَّهَا إِذَا فُسِخَتْ مَاتَ عَبْدًا وَاسْتَقَرَّ الوَلَاءُ عَلَىٰ مَوَالِي الأُمِّ، وَإِذَا بَقِيَتْ وَاتَّصَلَ بِهَا الأَدَاءُ مَاتَ حُرًّا وَانْتَقَلَ الوَلَاءُ إِلَىٰ مَوَالِي الأَبِ، وَهٰذَا فَصْلٌ مُجْتَهَدٌ فِيهِ فَيَنْفُذُ مَا يُلَاقِيهِ مِنَ القَضَاءِ فَلِهٰذَا كَانَ تَعْجِيزًا.

قوله: لِأَنَّ هٰذَا اخْتِلَافٌ فِي الوَلَاءِ مَقْصُودًا، احتِراز عن المسئلة الأولىٰ، فإنَّ القضاء بالأرش علىٰ قوم الأمِّ لا يكون قضاءً لهم بالولاء الذي يبتني علىٰ بقاء الكتابة في الأب وانتقاضها ولا يكونُ القضاء بالأرش علىٰ قوم الأمِّ منافيًا لبقاء الكتابة في الأب، بل هذا يقرِّر حكم الكتابة، لأنَّ من قضيتها إلحاق الولد بموالي الأمِّ وإيجاب العقل عليهم، لكن علىٰ احتمال أن يعتق الأب فينتقل الولاء وموجب الجناية إلىٰ قوم الأب فلا يكون القضاءُ بالأرش علىٰ قوم الأمِّ قضاءً بفسخ الكتابة، ولأنَّ القضاءَ بالأرش عليهم قد يكون بجهةٍ أخرىٰ غير الولاء كالكفالة ونحوها، فلم يكن قضاءً بموت الأب عبدًا، وفي المسئلة الثانية الاختلاف وقعَ في الولاء مقصودًا وذا يبتني علىٰ قيام الكتابة وانتقاضها فكان هذا قضاءً بعجز المكاتب، لأنَّ هذا القضاء يضمنُ فسخ الكتابة فإنَّها لو لم تنفسخ وخرجَ من الدين وأديت الكتابة رجعَ عاقلة الأب بالميراث علىٰ عاقلة الأمِّ فينتقضُ القضاء بالميراث فقلنا بانفساخها صيانةً للقضاء عن النقض.

قوله: وَهٰذَا فَصْلٌ مُجْتَهَدٌ فِيهِ، فإنَّ الاختلاف بين موالي الأب وموالي الأمِّ في الحقيقة راجعٌ إلىٰ قيام الكتابة وانتقاضها عند موت المكاتب عن وفاءٍ، فموالي الأمِّ زعموا أنه مات عبدًا وانفسخت الكتابة بموته وصار ولاء الولد لنا لا يتحوَّلُ عنَّا، وهو قول بعض الصحابة، وموالي الأب زعموا أنَّ الكتابة لم تنفسخ بموته عن وفاءٍ فيؤدَّى

قَالَ: (وَمَا أَدَّىٰ الْمُكَاتَبُ مِنَ الصَّدَقَاتِ إِلَىٰ مَوْلَاهُ ثُمَّ عَجَزَ فَهُوَ طَيِّبٌ لِلْمَوْلَىٰ لِتبَدُّلِ المِلْكِ) فَإِنَّ العَبْدَ يَتَمَلَّكُهُ صَدَقَةً وَالْمَوْلَىٰ عِوَضًا عَنِ العِتْقِ، وَإِلَيْهِ وَقَعَتِ الإِشَارَةُ النَّبَوِيَّةُ فِي حَدِيثِ بَرِيرَةَ - رَضِيَ اللهُ تَعَالَىٰ عَنْهَا - «هِيَ لَهَا صَدَقَةٌ وَلَنَا هَدِيَّةٌ» وَهٰذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا أَبَاحَ لِلْغَنِيِّ وَالْهَاشِمِيِّ، لِأَنَّ المُبَاحَ لَهُ يَتَنَاوَلُهُ عَلَىٰ مِلْكِ المُبِيحِ، وَنَظِيرُهُ المُشْتَرِي شِرَاءً فَاسِدًا إِذَا أَبَاحَ لِغَيْرِهِ لَا يَطِيبُ لَهُ وَلَوْ مَلَكَهُ يَطِيبُ،

الكتابةُ حتى يعتقُ وينتقل الولاء إلينا، وهو قولُ بعض الصحابة، فإذا قضى القاضي بالولاء لموالي الأمِّ كان قضاءً في فصلٍ مجتهدٍ فيه فنفذ بالإجماع، وصيانة قضاء متفق عليه أولىٰ من إمضاء كتابة اختلف الصحابة في بقائها، هذا إذا ماتَ المكاتب عن وفاءٍ، وأمَّا إذا مات لا عن وفاءٍ قال بعضهم: ينفسخ، حتى لو تطوَّع إنسانٌ ببدل الكتابة لا يقبل منه، وقيل خلافه.

قوله: لِتبَدُّلِ المِلْكِ، فَإِنَّ العَبْدَ يَتَمَلَّكُهُ صَدَقَةً وَالْمَوْلَىٰ عِوَضًا عَنِ العِتْقِ، فإن قيل: إنَّ ملك الرقبة كان للمولىٰ فكيف يتحقَّقُ تبدل الملك؟ قلنا: ملك الرقبة كان للمولىٰ مغلوبًا في مقابلة ملك اليد للمكاتب، حتى كان التصرُّف للمكاتب لا للمولىٰ، وكان للمكاتب أن يمنعه من التصرف في ملكه، وهذا آيةُ كمال ملك اليد للمكاتب ونقصان ملك الرقبة للمولىٰ، إذ المكاتبُ هو الذي يتصرَّفُ فيه تصرُّف الأملاك إلَّا المولىٰ، ثمَّ بالعجز ينقلبُ الأمرُ وليسَ هو إلا بتبدُّل الملك للمولىٰ.

قوله: فِي حَدِيثِ بَرِيرَةَ رَضِيَ اللهُ تَعَالَىٰ عَنْهَا، فإنَّها أهْدَت إلىٰ رسول الله صلى الله عليه وسلم ما أخذت من الصدقات، وقال عليه الصلاة والسلام: «هيَ لها صدقةٌ، ولنا هديَّةٌ».

وَلَوْ عَجَزَ قَبْلَ الأَدَاءِ إِلَىٰ المَوْلَىٰ فَكَذٰلِكَ الجَوَابُ، وَهٰذَا عِنْدَ مُحَمَّدٍ ظَاهِرٌ لِأَنَّ بِالْعَجْزِ يَتَبَدَّلُ المِلْكُ عِنْدَهُ، وَكَذَا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ، وَإِنْ كَانَ بِالْعَجْزِ يَتَقَرَّرُ مِلْكُ المَوْلَىٰ عِنْدَهُ لِأَنَّهُ لَا خُبْثَ فِي نَفْسِ الصَّدَقَةِ، وَإِنَّمَا الخُبْثُ فِي فِعْلِ الآخِذِ لِكَوْنِهِ إِذْلَالًا بِهِ. وَلَا يَجُوزُ ذٰلِكَ لِلْغَنِيِّ مِنْ غَيْرِ حَاجَةٍ وَلِلْهَاشِمِيِّ لِزِيَادَةِ حُرْمَتِهِ وَالْأَخْذُ لَمْ يُوجَدْ مِنَ المَوْلَىٰ فَصَارَ كَابْنِ السَّبِيلِ إِذَا وَصَلَ إِلَىٰ وَطَنِهِ وَالْفَقِيرِ إِذَا اسْتَغْنَىٰ وَقَدْ بَقِيَ فِي أَيْدِيهِمَا مَا أَخَذَا مِنَ الصَّدَقَةِ فَإِنَّهُ يَطِيبُ لَهُمَا، وَعَلَىٰ هٰذَا إِذَا

قوله: وَهٰذَا عِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ ظَاهِرٌ، لأنَّ العجز عنده يتبدَّلُ الملك، لأنَّ المكاتب إذا عجزَ فالمولىٰ يملكُ أكسابه ملكًا مبتدأً، حتَّىٰ لو آجر المكاتبُ أمته ظئرًا ثمَّ عجز تبطلُ الإجارة عند محمدٍ رحمه الله تعالىٰ لزوالها عن ملك الآجر، وكذلك عند أبي يوسفَ رحمه الله تعالى، وإن كان بالعجز يتقرَّرُ ملك المولىٰ، فإنَّ للمولىٰ في كسب المكاتب نوعُ ملكٍ وبالعجز يتقرَّر ذلك ويتأكَّدُ، إلا أنه لا خبثَ في نفس الصدقة وإنَّما الخبث في أخذها لكونِها إذلالًا مع الغنية ومع زيادة الشرف والكرامة، لأنَّ بالصدقة تسقطُ الذنوب من المتصدِّق فيصيرُ المتصدَّق عليه كالآلة للمتصدِّق في حقِّ سقوط الذنوب عنه، وليسَ للمسلم أن يذلَّ نفسه إلا عند الحاجة والضرورة، فلهذا حلَّ للفقير ولا يحلُّ للهاشميِّ وإن كان محتاجًا إليه، لأنَّ له زيادة حرمةٍ وشرفٍ ليست لغيره، والأخذُ لم يوجد من المولىٰ، وعلى هذا إذا استغنى الفقير وفي يده شيءٌ من الصدقة، أو وصلَ ابن السبيل إلىٰ وطنه وفي يده فضل من الصدقة، أو عتقَ المكاتب وفي يده شيءٌ من الصدقة يطيبُ لهم، وفي الأوضح: ما بقي في يد المكاتب بعد العجز من الصدقات لا يطيبُ للمولىٰ عند أبي يوسف رحمه الله تعالىٰ، لأنه لم يتجدد الملك للمولىٰ عنده.

أُعْتِقَ المُكَاتَبُ وَاسْتَغْنَىٰ يَطِيبُ لَهُ مَا بَقِيَ مِنَ الصَّدَقَةِ فِي يَدِهِ.

قَالَ: (وَإِذَا جَنَىٰ العَبْدُ فَكَاتَبَهُ مَوْلَاهُ وَلَمْ يَعْلَمْ بِالْجِنَايَةِ ثُمَّ عَجَزَ فَإِنَّهُ يَدْفَعُ أَوْ يَفْدِي) لِأَنَّ هٰذَا مُوجِبُ جِنَايَةِ العَبْدِ فِي الأَصْلِ وَلَمْ يَكُنْ عَالِمًا بِالْجِنَايَةِ عِنْدَ الكِتَابَةِ حَتَّىٰ يَصِيرَ مُخْتَارًا لِلْفِدَاءِ إِلَّا أَنَّ الكِتَابَةَ مَانِعَةٌ مِنَ الدَّفْعِ، فَإِذَا زَالَ عَادَ الحُكْمُ الأَصْلِيُّ (وَكَذٰلِكَ إِذَا جَنَىٰ المُكَاتَبُ وَلَمْ يَقْضِ بِهِ حَتَّىٰ عَجَزَ) لِمَا بَيَّنَّا مِنْ زَوَالِ المَانِعِ (وَإِنْ قَضَىٰ بِهِ عَلَيْهِ فِي كِتَابَتِهِ ثُمَّ عَجَزَ فَهُوَ دَيْنٌ يُبَاعُ فِيهِ) لِانْتِقَالِ الحَقِّ مِنَ الرَّقَبَةِ إِلَىٰ قِيمَتِهِ بِالْقَضَاءِ، وَهٰذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَقَدْ رَجَعَ أَبُو يُوسُفَ إِلَيْهِ، وَكَانَ يَقُولُ أَوَّلًا يُبَاعُ فِيهِ وَإِنْ عَجَزَ قَبْلَ القَضَاءِ، وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ لِأَنَّ المَانِعَ مِنَ الدَّفْعِ وَهُوَ الكِتَابَةُ قَائِمٌ وَقْتَ الجِنَايَةِ، فَكَمَا وَقَعَتْ انْعَقَدَتْ مُوجِبَةً لِلْقِيمَةِ كَمَا فِي جِنَايَةِ المُدَبَّرِ وَأُمِّ الوَلَدِ. وَلَـنَا أَنَّ المَانِعَ قَابِلٌ لِلزَّوَالِ لِلتَّرَدُّدِ وَلَمْ يَثْبُتَ الِانْتِقَالُ فِي الحَالِ فَيَتَوَقَّفُ عَلَى القَضَاءِ أَوِ الرِّضَا وَصَارَ كَالْعَبْدِ المَبِيعِ إِذَا أَبَقَ

قوله: وَكَذٰلِكَ إِذَا جَنَى المُكَاتَبُ وَلَمْ يَقْضِ بِهِ حَتَّىٰ عَجَزَ، أي فإنه يدفع أو يفدي.

قوله: وَإِنْ قَضَىٰ بِهِ عَلَيْهِ فِي كِتَابَتِهِ، أي إن قضىٰ بموجب الجناية على المكاتب في حال كتابته فهو دينٌ، أي قدر قيمة المكاتب دينٌ على المكاتب.

قوله: وَلَـنَا أَنَّ المَانِعَ قَابِلٌ لِلزَّوَالِ لِلتَّرَدُّدِ - أي لاحتمال انفساخ الكتابة - وَلَمْ يَثْبُتِ الِانْتِقَالُ فِي الحَالِ - أي من الرقبة إلى القيمة - فَيَتَوَقَّفُ عَلَى القَضَاءِ أَوِ الرِّضَا،

قَبْلَ القَبْضِ يَتَوَقَّفُ الفَسْخُ عَلَى القَضَاءِ لِتَرَدُّدِهِ وَاحْتِمَالِ عَوْدِهِ، كَذَا هٰذَا، بِخِلَافِ التَّدْبِيرِ وَالِاسْتِيلَادِ لِأَنَّهُمَا لَا يَقْبَلَانِ الزَّوَالَ بِحَالٍ.

قَالَ: (وَإِذَا مَاتَ المَوْلَىٰ المَكَاتِبُ لَمْ تَنْفَسِخِ الكِتَابَةُ) كَيْ لَا يُؤَدِّي إِلَىٰ إِبْطَالِ حَقِّ المُكَاتَبِ، إِذِ الكِتَابَةُ سَبَبُ الحُرِّيَّةِ وَسَبَبُ حَقِّ المَرْءِ حَقُّهُ (وَقِيلَ لَهُ أَدِّ المَالَ إِلَىٰ وَرَثَةِ المَوْلَىٰ عَلَىٰ نُجُومِهِ) لِأَنَّهُ اسْتِحْقَاقُ الحُرِّيَّةِ عَلَىٰ هٰذَا الوَجْهِ وَالسَّبَبُ انْعَقَدَ كَذٰلِكَ فَيَبْقَىٰ بِهٰذِهِ الصِّفَةِ وَلَا يَتَغَيَّرُ، إِلَّا أَنَّ الوَرَثَةَ يَخْلُفُونَهُ فِي الِاسْتِيفَاءِ (فَإِنْ أَعْتَقَهُ أَحَدُ الوَرَثَةِ لَمْ يَنْفُذْ عِتْقُهُ) لِأَنَّهُ لَمْ يَمْلِكْهُ، وَهٰذَا لِأَنَّ المُكَاتَبَ لَا يَمْلِكُ بِسَائِرِ

وحاصله أنَّ جناية المكاتب عندنا لا تصيرُ مالًا إلَّا بقضاءٍ أو رضاءٍ أو بالموت عن وفاءٍ، وعند زُفر رحمه الله تعالىٰ تصير مالًا في الحال، له أنَّ المانعَ من الدفع قائمٌ وقتَ الجناية وهو الكتابةُ فوجبَ أن يصير موجبه القيمةَ بنفس الوقوع، كجناية المدبر وأمِّ الولد، ولنا أنَّ الأصل في جنايات العبيد وجوب الدَّفع إلا أن يتعذَّر التسليم لوجود المانع عن الانتقال من ملك، والمانعُ هنا قابلٌ للفسخ والزوال، فلمَّا كان المانعُ متردِّدًا لم يثبت الانتقال عن الموجب الأصليِّ إلا بالقضاء أو الرضاء.

قوله: وَسَبَبُ حَقِّ المَرْءِ حَقُّهُ، أي الكتابةُ سببُ الحرية والحريةُ حقُّه وسببُ حقِّ المرء حقُّه فتكون الكتابة حقَّه، والحقُّ لا يبطلُ بالموت، كما إذا كان له دينٌ علىٰ آخرٍ.

قوله: إِلَّا أَنَّ الوَرَثَةَ يَخْلُفُونَهُ، أي بهذا القدر ولا يتغيَّر الحقَّ، كما إذا كان له دينٌ على الرجل وماتَ ربُّ الدين فورثته يخلفونه بالاستيفاء ويبرأ بالأداء إليهم حيث يبرأ إذا أدَّىٰ إلى المورث.

أَسْبَابِ المِلْكِ فَكَذَا بِسَبَبِ الوِرَاثَةِ. وَإِنْ أَعْتَقُوهُ جَمِيعًا عَتَقَ وَسَقَطَ عَنْهُ بَدَلُ الكِتَابَةِ لِأَنَّهُ يَصِيرُ إِبْرَاءً عَنْ بَدَلِ الكِتَابَةِ فَإِنَّهُ حَقُّهُمْ وَقَدْ جَرَىٰ فِيهِ الإِرْثُ، وَإِذَا بَرِئَ المُكَاتَبُ عَنْ بَدَلِ الكِتَابَةِ يُعْتَقُ كَمَا إِذَا أَبْرَأَهُ المَوْلَىٰ، إِلَّا أَنَّهُ إِذَا أَعْتَقَهُ أَحَدُ الوَرَثَةِ لَا يَصِيرُ إِبْرَاءً عَنْ نَصِيبِهِ، لِأَنَّا نَجْعَلُهُ إِبْرَاءَ اقْتِضَاءٍ تَصْحِيحًا لِعِتْقِهِ. وَالْعِتْقُ لَا يَثْبُتُ بِإِبْرَاءِ البَعْضِ أَوْ أَدَائِهِ فِي المُكَاتَبِ لَا فِي بَعْضِهِ وَلَا فِي كُلِّهِ، وَلَا وَجْهَ إِلَىٰ إِبْرَاءِ الكُلِّ لِحَقِّ بَقِيَّةِ الوَرَثَةِ، وَاللهُ تَعَالَىٰ أَعْلَمُ.

قوله: لَا يَصِيرُ إِبْرَاءً عَنْ نَصِيبِهِ، لأنه لم يوجد الإبراء نصًّا، وإنَّما جعلنا إعتاق الكلِّ إبراءً عن البدل اقتضاءً تصحيحًا لإعتاقهم، فإنَّهم لا يملكون إعتاق المكاتب إلا في ضمن إبرائه عن كلِّ بدل الكتابة، ومن ضرورته ثبوت العتق، بخلاف ما أعتقه أحد الورثة فإنَّا لو جعلناه إبراءً عن بعض بدل الكتابة بطريق الاقتضاء لم يلزم من ذلك ثبوت العتق لا في كله ولا في جزئه، فالحاصلُ أنَّ المقتضىٰ ما لم يكن مذكورًا يقدر مذكورًا لتصحيح المذكور شرعًا، كإعتاق جميع الورثة للمكاتب أمْكَن تصحيحه بثبوت الإبراء عن جميع بدل الكتابة، إذ هو حقُّهم وقد جرىٰ فيه الإرث وإن كانوا لا يملكون رقبة المكاتب إرثًا بطريق اقتضاءٍ، فأثبتنا المقتضىٰ لتصحيح المقتضي، فأمَّا البراءة عن بعض بدل الكتابة لا تكون مُصحِّحًا للعتق، إذ المكاتبُ عبدٌ ما بقي عليه درهمٌ فلا تثبت البراءة عن بدل الكتابة بإعتاق بعض الورثة لا تنصيصًا ولا اقتضاءً، والله تعالىٰ أعلم.

* * *

كِتَابُ الوَلَاءِ

الْوَلَاءُ نَوْعَانِ: وَلَاءُ عَتَاقَةٍ وَيُسَمَّىٰ وَلَاءُ نِعْمَةٍ وَسَبَبُهُ العِتْقُ عَلَىٰ مُلْكِهِ فِي الصَّحِيحِ، حَتَّىٰ لَوْ عَتَقَ قَرِيبُهُ عَلَيْهِ بِالْوِرَاثَةِ كَانَ الوَلَاءُ لَهُ. وَوَلَاءُ مُوَالَاةٍ، وَسَبَبُهُ العَقْدُ وَلِهٰذَا يُقَالُ وَلَاءُ العَتَاقَةِ وَوَلَاءُ المُوَالَاةِ، وَالْحُكْمُ يُضَافُ إِلَىٰ سَبَبِهِ، وَالْمَعْنَىٰ فِيهِمَا التَّنَاصُرُ، وَكَانَتِ العَرَبُ

كتاب الولاء

هو من الوليِّ بمعنى القرب، ويُقال: بينهما ولاءٌ، أي قرابةٌ، ومنه قوله عليه الصلاة والسلام: «الولاءُ لحمةٌ كلحمة النَّسب» أي وصلةٌ كوصلة النسب.

قوله: الوَلَاءُ نَوْعَانِ، أي الولاءُ المستعملُ في اصطلاح الشرع، وهو الذي يقعُ به التناصر نوعان: وَلَاءُ عَتَاقَةٍ وَيُسَمَّىٰ وَلَاءُ نِعْمَةٍ، قال اللهُ تعالىٰ: ﴿وَإِذْ تَقُولُ لِلَّذِىٓ أَنْعَمَ ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَأَنْعَمْتَ عَلَيْهِ﴾ [الأحزاب: ٣٧] أي أنعم الله بالإسلام فأنعمتَ عليه بالعتق وسببه العتق علىٰ ملكه في الصحيح، هذا احترازٌ عن قول أكثر أصحابنا فإنَّهم يقولون سببُ هذا الولاء إعتاقٌ، ويستدلون بقوله عليه الصلاة والسلام: «الولاءُ لمن أعتق» ولكنه ضعيفٌ، فإنَّ من ورثَ قريبه فعتق عليه كان مولًى له ولا إعتاق هنا، والأصحُّ أنَّ سببه العتق علىٰ ملكه، لأنَّ الحكم يُضاف إلىٰ سببه، يقال: ولاء العتاقة، ولا يقال: ولاء الإعتاق، كذا في المبسوط.

تَتَنَاصَرُ بِأَشْيَاءَ، وَقَرَّرَ النَّبِيُّ - صَلَّىٰ اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - تَنَاصُرَهُمْ بِالْوَلَاءِ بِنَوْعَيْهِ فَقَالَ: «إِنَّ مَوْلَىٰ القَوْمِ مِنْهُمْ وَحَلِيفُهُمْ مِنْهُمْ» وَالْمُرَادُ بِالْحَلِيفِ مَوْلَىٰ المُوَالَاةِ لِأَنَّهُمْ كَانُوا يُؤَكِّدُونَ المُوَالَاةَ بِالْحِلْفِ.

قَالَ: (وَإِذَا أَعْتَقَ المَوْلَىٰ مَمْلُوكَهُ فَوَلَاؤُهُ لَهُ) لِقَوْلِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ» ، وَلِأَنَّ التَّنَاصُرَ بِهِ فَيَعْقِلُهُ وَقَدْ أَحْيَاهُ مَعْنًىٰ بِإِزَالَةِ الرِّقِّ عَنْهُ فَيَرِثُهُ وَيَصِيرُ الوَلَاءُ كَالْوِلَادِ، وَلِأَنَّ الغُنْمَ بِالْغُرْمِ، وَكَذَا المَرْأَةُ تَعْتِقُ لِمَا رَوَيْنَا، «وَمَاتَ مُعْتَقٌ لِابْنَةِ حَمْزَةَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا - عَنْهَا وَعَنْ بِنْتٍ فَجَعَلَ النَّبِيُّ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - المَالَ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ» . وَيُسْتَوَىٰ فِيهِ الإِعْتَاقُ بِمَالٍ وَبِغَيْرِهِ لِإِطْلَاقِ مَا ذَكَرْنَاهُ.

قَالَ: (فَإِنْ شَرَطَ أَنَّهُ سَائِبَةٌ فَالشَّرْطُ بَاطِلٌ وَالْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ) لِأَنَّ

قوله: وَقَدْ أَحْيَاهُ مَعْنًى، لأنَّ الرِّقَّ أثرُ الكفر والكفرُ موتٌ حكميٌّ، ألا يرىٰ إلى قوله تعالىٰ: ﴿ أَوَمَن كَانَ مَيْتًا فَأَحْيَيْنَٰهُ ﴾ [الأنعام: ١٢٢] أي كافرًا فهديناه، فكان في معنى الولاد من حيثُ إنَّ سبب حياة الولد إنَّما هو الوالد فيرثه كهُوَ، فإن قيل: ينبغي أن يرث المعتق من المولىٰ أيضًا إذا لم يترك المولىٰ عصبة نسبيةً، كما هو قول الحسن بن زياد رحمه الله تعالىٰ؟ قلنا: المعتق أجنبيٌّ عنه، وقد جاء في المعتق نصٌّ مخالفٌ للقياس، فلا يُقاس عليه غيره.

قوله: فَإِنْ شَرَطَ أَنَّهُ سَائِبَةٌ، عبدٌ سائبةٌ، أي لا ولاءَ بينه وبين معتقه، من سابَ أي

الشَّرْطَ مُخَالِفٌ لِلنَّصِّ فَلَا يَصِحُّ.

قَالَ: (وَإِذَا أَدَّىٰ المُكَاتَبُ عَتَقَ وَوَلَاؤُهُ لِلْمَوْلَىٰ وَإِنْ عَتَقَ بَعْدَ مَوْتِ المَوْلَىٰ) لِأَنَّهُ عَتَقَ عَلَيْهِ بِمَا بَاشَرَ مِنَ السَّبَبِ وَهُوَ الكِتَابَةُ وَقَدْ قَرَّرْنَاهُ فِي المُكَاتَبِ (وَكَذَا العَبْدُ المُوصَىٰ بِعِتْقِهِ أَوْ بِشِرَائِهِ وَعِتْقِهِ بَعْدَ مَوْتِهِ) لِأَنَّ فِعْلَ الوَصِيِّ بَعْدَ مَوْتِهِ كَفِعْلِهِ وَالتَّرِكَةُ عَلَىٰ حُكْمِ مِلْكِهِ (وَإِنْ مَاتَ المَوْلَىٰ عَتَقَ مُدَبَّرُوهُ وَأُمَّهَاتُ أَوْلَادِهِ) لِمَا بَيَّنَّا فِي العَتَاقِ (وَوَلَاؤُهُمْ لَهُ) لِأَنَّهُ أَعْتَقَهُمْ بِالتَّدْبِيرِ وَالِاسْتِيلَادِ (وَمَنْ مَلَكَ ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ عَتَقَ عَلَيْهِ) لِمَا بَيَّنَّا فِي العَتَاقِ (وَوَلَاؤُهُ لَهُ) لِوُجُودِ السَّبَبِ وَهُوَ العِتْقُ عَلَيْهِ (وَإِذَا تَزَوَّجَ عَبْدُ رَجُلٍ أَمَةً لِآخَرَ فَأَعْتَقَ مَوْلَىٰ الأَمَةِ الأَمَةَ وَهِيَ حَامِلٌ مِنَ العَبْدِ عَتَقَتْ وَعَتَقَ حَمْلُهَا، وَوَلَاءُ الحَمْلِ لِمَوْلَىٰ الأُمِّ لَا يَنْتَقِلُ عَنْهُ أَبَدًا) لِأَنَّهُ عَتَقَ عَلَىٰ مُعْتِقِ الأُمِّ مَقْصُودًا إِذْ هُوَ جُزْءٌ مِنْهَا يَقْبَلُ الإِعْتَاقَ

جرىٰ وذهبَ كلَّ مذهبه، أي أعتَق رجلٌ عبده وشرطَ أن لا يرثه فالشرطُ باطلٌ.

قوله: وَإِذَا أَدَّى المُكَاتَبُ عَتَقَ وَوَلَاؤُهُ لِلْمَوْلَىٰ، لأنَّ سبب الولاء العتقُ على الملك، وقد عتق علىٰ ملكه إذ المكاتب لا يورثُ، وكذلك المدبر لا يورثُ فيعتق علىٰ ملكه أيضًا.

قوله: لِأَنَّهُ عَتَقَ عَلَىٰ مُعْتِقِ الأُمِّ مَقْصُودًا، وإنَّما قلنا أنه صار معتقًا مقصودًا لأنَّ الجنين هو جزء الأمِّ والمولىٰ أوْقَع العتقَ علىٰ جميع أجزائها مقصودًا فيكون معتقًا للجنين الذي هو جزؤها مقصودًا أيضًا، كذا ذكره شيخ الإسلام رحمه الله تعالىٰ.

مَقْصُودًا فَلَا يَنْتَقِلُ وَلَاؤُهُ عَنْهُ عَمَلًا بِمَا رَوَيْنَا (وَكَذٰلِكَ إِذَا وَلَدَتْ وَلَدًا لِأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ) لِلتَّيَقُّنِ بِقِيَامِ الحَمْلِ وَقْتَ الإِعْتَاقِ (أَوْ وَلَدَتْ وَلَدَيْنِ أَحَدُهُمَا لِأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ) لِأَنَّهُمَا تَوْأَمَانِ يَتَعَلَّقَانِ مَعًا. وَهٰذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا وَالَتْ رَجُلًا وَهِيَ حُبْلَىٰ وَالزَّوْجُ وَالَىٰ غَيْرَهُ حَيْثُ يَكُونُ وَلَاءُ الوَلَدِ لِمَوْلَىٰ الأَبِ لِأَنَّ الجَنِينَ غَيْرُ قَابِلٍ لِهٰذَا الوَلَاءِ مَقْصُودًا، لِأَنَّ تَمَامَهُ بِالْإِيجَابِ وَالْقَبُولِ وَهُوَ لَيْسَ بِمَحَلٍّ لَهُ.

قَالَ: (فَإِنْ وَلَدَتْ بَعْدَ عِتْقِهَا لِأَكْثَرَ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ وَلَدًا فَوَلَاؤُهُ لِمَوَالِي الأُمِّ) لِأَنَّهُ عَتَقَ تَبَعًا لِلْأُمِّ لِاتِّصَالِهِ بِهَا بَعْدَ عِتْقِهَا فَيَتْبَعُهَا فِي الوَلَاءِ وَلَمْ يَتَيَقَّنْ بِقِيَامِهِ وَقْتَ الإِعْتَاقِ حَتَّىٰ يَعْتِقَ مَقْصُودًا (فَإِنْ أُعْتِقَ الأَبُ جَرَّ وَلَاءَ ابْنِهِ وَانْتَقَلَ عَنْ مَوَالِي الأُمِّ إِلَىٰ مَوَالِي الأَبِ) لِأَنَّ العِتْقَ هَاهُنَا فِي الوَلَدِ يَثْبُتُ تَبَعًا لِلْأُمِّ، بِخِلَافِ الأَوَّلِ، وَهٰذَا لِأَنَّ الوَلَاءَ بِمَنْزِلَةِ النَّسَبِ قَالَ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «الْوَلَاءُ لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ النَّسَبِ لَا يُبَاعُ

قوله: أَوْ وَلَدَتْ وَلَدَيْنِ أَحَدُهُمَا لِأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ، أي بيومٍ مثلًا والآخر بعدها.

قوله: لِأَنَّ الجَنِينَ غَيْرُ قَابِلٍ لِهٰذَا الوَلَاءِ مَقْصُودًا، بخلاف ولاء العتاقة، فإنَّ الجنينَ يصيرُ مقصودًا بالإعتاق لأنه محلٌّ لإضافة العتق إليه، وبعد ما صارَ مقصودًا لا يمكنُ أن يجعل تابعًا لغيره في الولاء عليه.

قوله: لِأَنَّ تَمَامَهُ بِالْإِيجَابِ وَالْقَبُولِ وَهُوَ لَيْسَ بِمَحَلٍّ لَهُ، فكان تابعًا في الولاء فيجعلُ تابعًا للأب، لأنَّ الأبَ هو الأصلُ في الولاء لكونه بمنزلة النسب.

وَلَا يُوهَبُ وَلَا يُورَثُ» ثُمَّ النَّسَبُ إِلَىٰ الآبَاءِ فَكَذٰلِكَ الوَلَاءُ وَالنِّسْبَةُ إِلَىٰ مَوَالِي الأُمِّ كَانَتْ لِعَدَمِ أَهْلِيَّةِ الأَبِ ضَرُورَةً، فَإِذَا صَارَ أَهْلًا عَادَ الوَلَاءُ إِلَيْهِ؛ كَوَلَدِ المُلَاعَنَةِ يُنْسَبُ إِلَىٰ قَوْمِ الأُمِّ ضَرُورَةً، فَإِذَا أَكْذَبَ المُلَاعِنُ نَفْسَهُ يُنْسَبُ إِلَيْهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أُعْتِقَتِ المُعْتَدَّةُ عَنْ مَوْتٍ أَوْ طَلَاقٍ فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ لِأَقَلَّ مِنْ سَنَتَيْنِ مِنْ وَقْتِ المَوْتِ أَوِ الطَّلَاقِ حَيْثُ يَكُونُ الوَلَدُ مَوْلًىٰ لِمَوَالِي الأُمِّ، وَإِنْ أُعْتِقَ الأَبُ لِتَعَذُّرِ إِضَافَةِ العُلُوقِ إِلَىٰ مَا بَعْدَ المَوْتِ وَالطَّلَاقِ البَائِنِ لِحُرْمَةِ الوَطْءِ وَبَعْدَ الطَّلَاقِ الرَّجْعِيِّ لِمَا أَنَّهُ يَصِيرُ مُرَاجِعًا بِالشَّكِّ فَأُسْنِدَ إِلَىٰ حَالَةِ النِّكَاحِ فَكَانَ

قوله: بِخِلَافِ مَا إِذَا أُعْتِقَتِ المُعْتَدَّةُ عَنْ مَوْتٍ أَوْ طَلَاقٍ فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ لِأَقَلَّ مِنْ سَنَتَيْنِ، وفي بعض النسخ: لأكثرَ من سنتين، والصحيح من الرواية: لأقلَّ من سنتين، بدليل قوله: وَبَعْدَ الطَّلَاقِ الرَّجْعِيِّ لِمَا أَنَّهُ يَصِيرُ مُرَاجِعًا، وقد مرَّ في كتاب الطلاق أنَّ المعتدَّة عن طلاقٍ رجعيٍّ إذا جاءت بولدٍ لأكثرَ من سنتين يكون ذلك رجعةً لتيقُّننا بالعلوق بعد الطلاق، فإن جاءت بولدٍ لأقلَّ من سنتين لا يكون رجعةً بالشكِّ، لأنه لو حملَ علىٰ وطئه في العدَّة يصيرُ مراجعًا، ولو حمل علىٰ ما قبل الطلاق لا يصيرُ مراجعًا والمراجعةُ لم تكن فلا يثبتُ بالشكِّ.

قوله: وَإِنْ أُعْتِقَ الأَبُ لِتَعَذُّرِ إِضَافَةِ العُلُوقِ إِلَىٰ مَا بَعْدَ المَوْتِ، صورته في فصل الموت: إن كان مكاتبًا ماتَ عن وفاءٍ، أو ولدِ مولودٍ في الكتابة، وفي الكافي: وما وقع في نُسَخ الهداية: فجاءت بالولد لأكثرَ من سنتين، لا يكاد يصحُّ، والصحيح ما ذكر في شرح الطحاوي: لأقلَّ من سنتين، وعليه يدلُّ التعليل المذكور فيها، فالظاهرُ

الوَلَدُ مَوْجُودًا عِنْدَ الإِعْتَاقِ فَعَتَقَ مَقْصُودًا (وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ وَإِذَا تَزَوَّجَتْ مُعْتَقَةٌ بِعَبْدٍ فَوَلَدَتْ أَوْلَادًا فَجَنَىٰ الأَوْلَادُ فَعَقْلُهُمْ عَلَىٰ مَوَالِي الأُمِّ) لِأَنَّهُمْ عَتَقُوا تَبَعًا لِأُمِّهِمْ وَلَا عَاقِلَةَ لِأَبِيهِمْ وَلَا مَوْلَىٰ، فَأُلْحِقُوا بِمَوَالِي الأُمِّ ضَرُورَةً كَمَا فِي وَلَدِ المُلَاعَنَةِ عَلَىٰ مَا ذَكَرْنَا (فَإِنْ أُعْتِقَ الأَبُ جَرَّ وَلَاءَ الأَوْلَادِ إِلَىٰ نَفْسِهِ) لِمَا بَيَّنَّا (وَلَا يَرْجِعُونَ عَلَىٰ عَاقِلَةِ الأَبِ بِمَا عَقَلُوا) لِأَنَّهُمْ حِينَ عَقَلُوهُ كَانَ الوَلَاءُ ثَابِتًا لَهُمْ، وَإِنَّمَا يَثْبُتُ لِلأَبِ مَقْصُودًا لِأَنَّ سَبَبَهُ مَقْصُودٌ وَهُوَ العِتْقُ، بِخِلَافِ وَلَدِ المُلَاعَنَةِ إِذَا عَقَلَ عَنْهُ قَوْمُ الأُمِّ ثُمَّ أَكْذَبَ المُلَاعِنُ نَفْسَهُ حَيْثُ يَرْجِعُونَ عَلَيْهِ، لِأَنَّ النَّسَبَ هُنَالِكَ يَثْبُتُ مُسْتَنِدًا إِلَىٰ وَقْتِ العُلُوقِ وَكَانُوا مَجْبُورِينَ عَلَىٰ ذٰلِكَ فَيَرْجِعُونَ.

قَالَ: (وَمَنْ تَزَوَّجَ مِنَ العَجَمِ بِمُعْتَقَةٍ مِنَ العَرَبِ فَوَلَدَتْ لَهُ أَوْلَادًا)

أنه وقعَ من المكاتب.

قوله: وَكَانُوا مَجْبُورِينَ عَلَىٰ ذٰلِكَ، أي قومٌ لأمِّ كانوا مجبورين علىٰ أداء الأرش، فلا يكونون متبرِّعين في ذلك فلذلك يرجعون.

قوله: وَمَنْ تَزَوَّجَ مِنَ العَجَمِ بِمُعْتَقَةٍ مِنَ العَرَبِ، العجمُ جمع العجميِّ وهو خلاف العربيِّ وإن كان فصيحًا، كذا في المغرب، وصورة المسئلة أنَّ الحرَّ العجمي الذي ليسَ بمعتقٍ لأحدٍ سواءٌ كان له ولاء موالاةٍ لأحدٍ أو لم يكن، كذا في الزاد وشرح الأقطع، وفي الفوائد الظهيرية: هذه المسئلة علىٰ وجوهٍ: إن زوَّجت نفسها من عربيٍّ فولاء الأولاد لقوم الأب في قولهم، لأنَّ الشرفَ بأنساب العرب أقْوَىٰ، وإن زوَّجت نفسها من

فَوَلَاءُ أَوْلَادِهَا لِمَوَالِيهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ - رَحِمَهُ اللهُ -. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: حُكْمُهُ حُكْمُ أَبِيهِ، لِأَنَّ النَّسَبَ إِلَىٰ الأَبِ كَمَا إِذَا كَانَ الأَبُ عَرَبِيًّا، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الأَبُ عَبْدًا لِأَنَّهُ هَالِكٌ مَعْنًىٰ. وَلَهُمَا أَنَّ وَلَاءَ العَتَاقَةِ قَوِيٌّ مُعْتَبَرٌ فِي حَقِّ الأَحْكَامِ حَتَّىٰ اُعْتُبِرَتِ الكَفَاءَةُ فِيهِ، وَالنَّسَبُ فِي حَقِّ العَجَمِ ضَعِيفٌ فَإِنَّهُمْ ضَيَّعُوا أَنْسَابَهُمْ وَلِهٰذَا لَمْ تُعْتَبَرِ الكَفَاءَةُ فِيمَا بَيْنَهُمْ بِالنَّسَبِ، وَالْقَوِيُّ لَا يُعَارِضُهُ الضَّعِيفُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الأَبُ عَرِبِيًّا لِأَنَّ أَنْسَابَ العَرَبِ قَوِيَّةٌ مُعْتَبَرَةٌ فِي حُكْمِ الكَفَاءَةِ وَالْعَقْلِ، كَمَا أَنَّ تَنَاصُرَهُمْ بِهَا فَأَغْنَتْ عَنِ الوَلَاءِ. قَالَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: الخِلَافُ فِي

أعجميٍّ له آباء في الإسلام فولاء الأولاد لقوم الأب عند أبي يوسف رحمه الله بلا ريبٍ، وعلىٰ قولهما اختلف المشايخ، حُكي عن أبي بكر الأعمش وأبي بكر الصفَّار رحمهما الله تعالىٰ أنه لقوم الأب، وقال غيرهما لقوم الأمِّ، وإن زوَّجت نفسها من رجلٍ أسْلَم من أهل الحرب والىٰ أحدًا ثمَّة أو لم يوالِ؟ فهيَ مسئلة الكتاب، وإن زوَّجت نفسها من عبدٍ أو مكاتب فولاء الولد لموالي الأمِّ إجماعًا، إلَّا إذا عتق العبد فيجبر الولاء.

قوله: وَلَاءَ العَتَاقَةِ قَوِيٌّ مُعْتَبَرٌ، وفي المبسوط: ولاءُ العتاقة معتبر في حلِّ الأحكام من حيثُ الكفاءة، ومن حيث إنه يقدم علىٰ ذوي الأرحام، ومن حيث إنه لا يقبل الفسخ بعد الوقوع، وفي الموالاة انعكس هذه الأحكام وهذا الفقه، وهو أنَّ الحريةَ والنسبَ في حقِّ العجم ضعيفٌ، بدليل أنَّ حريتهم تحتمل الإبطالَ بالاسترقاق، بخلاف حرية العرب وكذا العجم ضيَّعوا أنْسَابَهم، ألا يرىٰ أنَّ تفاخرهم قبل الإسلام بعمارة الدنيا وبعد

مُطْلَقِ الْمُعْتَقَةِ وَالْوَضْعُ فِي مُعْتَقَةِ الْعَرَبِ وَقَعَ اتِّفَاقًا (وَفِي الْجَامِعِ الصَّغِيرِ: نَبَطِيٌّ كَافِرٌ تَزَوَّجَ بِمُعْتَقَةٍ كَافِرَةٍ ثُمَّ أَسْلَمَ النَّبَطِيُّ وَوَالَىٰ رَجُلًا ثُمَّ وَلَدَتْ أَوْلَادًا. قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٌ: مَوَالِيهِمْ مَوَالِي أُمِّهِمْ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: مَوَالِيهِمْ مَوَالِي أَبِيهِمْ) لِأَنَّ الْوَلَاءَ وَإِنْ كَانَ أَضْعَفَ فَهُوَ مِنْ جَانِبِ الْأَبِ فَصَارَ كَالْمَوْلُودِ بَيْنَ وَاحِدٍ مِنَ الْمَوَالِي وَبَيْنَ الْعَرَبِيَّةِ. وَلَهُمَا أَنَّ وَلَاءَ الْمُوَالَاةِ أَضْعَفُ حَتَّىٰ يَقْبَلَ الْفَسْخَ، وَوَلَاءُ الْعَتَاقَةِ لَا يَقْبَلُهُ، وَالضَّعِيفُ لَا يَظْهَرُ فِي مُقَابَلَةِ الْقَوِيِّ، وَإِنْ كَانَ الْأَبَوَانِ مُعْتَقَيْنِ فَالنِّسْبَةُ إِلَىٰ قَوْمِ الْأَبِ لِأَنَّهُمَا اسْتَوَيَا، وَالتَّرْجِيحُ لِجَانِبِهِ لِشَبَهِهِ بِالنَّسَبِ أَوْ لِأَنَّ النُّصْرَةَ بِهِ أَكْثَرُ.

الإسلام بالإسلام، فإذا ثبتَ الضعف في جانب الأب كان هو والعبد سواءٌ.

قوله: نَبَطِيٌّ كَافِرٌ تَزَوَّجَ بِمُعْتَقَةٍ، نبطيٌّ جيلٌ من العراق، كذا في المغرب، والمراد بالمعتقة كافرةٌ نصرانيةٌ لتصوُّر هذه المسئلة، إذ المسلمة لا تكون تحتَ الكافر بعقد النكاح، وغير الكتابية من الكفار لا يجوز أن يبقىٰ نكاحها بعد إسلام الزوج، كذا ذكر الخبازي رحمه الله تعالىٰ في فوائده.

قوله: فَصَارَ كَالْمَوْلُودِ بَيْنَ وَاحِدٍ مِنَ الْمَوَالِي وَبَيْنَ الْعَرَبِيَّةِ، لم تجر عليها نعمة عتاقٍ، ومعنىٰ هذا أنَّ الأمَّ إذا كانت معتقةً فالولدُ ينسب إلىٰ قومها بالولاء، والنسبة بالولاء قرابةٌ معتبرةٌ شرعًا، وإذا كانت عربيةً فلو انتسبَ الولدُ إلىٰ قومها إنَّما ينتسبُ بالنسب، والانتسابُ بالنسب إلى الأمِّ ضعيفٌ جدًّا فكذلك بواسطة الأمِّ إلىٰ أبيها، حتّىٰ تستحقُّ العصوبةَ بمثل هذا النسب، كذا في المبسوط.

قَالَ: (وَوَلَاءُ العَتَاقَةِ تَعْصِيبٌ وَهُوَ أَحَقُّ بِالْمِيرَاثِ مِنَ العَمَّةِ وَالْخَالَةِ) «لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - لِلَّذِي اشْتَرَىٰ عَبْدًا فَأَعْتَقَهُ هُوَ أَخُوْكَ وَمَوْلَاكَ، إِنْ شَكَرَكَ فَهُوَ خَيْرٌ لَهُ وَشَرٌّ لَكَ، وَإِنْ كَفَرَكَ فَهُوَ خَيْرٌ لَكَ وَشَرٌّ لَهُ، وَلَوْ مَاتَ وَلَمْ يَتْرُكْ وَارِثًا كُنْتَ أَنْتَ عَصَبَتَهُ»، «وَوَرَّثَ ابْنَةَ حَمْزَةَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا - عَلَىٰ سَبِيلِ العُصُوبَةِ مَعَ قِيَامِ وَارِثٍ» وَإِذْ كَانَ عَصَبَةً تَقَدَّمَ عَلَىٰ ذَوِي الأَرْحَامِ وَهُوَ المَرْوِيُّ عَنْ عَلِيٍّ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - (فَإِنْ كَانَ لِلْمُعْتَقِ عَصَبَةٌ مِنَ النَّسَبِ فَهُوَ أَوْلَىٰ مِنَ المُعْتِقِ)، لِأَنَّ المُعْتِقَ آخِرُ العَصَبَاتِ، وَهٰذَا لِأَنَّ قَوْلَهُ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ -

قوله: هُوَ أَخُوْكَ، أي في الدين، قال اللهُ تعالىٰ: ﴿فَإِخْوَانُكُمْ فِي ٱلدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ﴾ [الأحزاب: ٥].

قوله: إِنْ شَكَرَكَ - أي بالمجازاة علىٰ ما صنعتَ إليه - فَهُوَ خَيْرٌ لَهُ، لأنَّكَ ابتدأتَ إلىٰ ما ندبتَ إليه في الشرع، قال عليه الصلاة والسلام: «من أبذلتُ إليه نعمةً فليشكرها».

قوله: وَشَرٌّ لَكَ، لأنه يصلُ إليك بعض الجزاء في الدنيا فينتقصُ بقدره من ثوابك في الآخرة.

قوله: وَإِنْ كَفَرَكَ فَهُوَ خَيْرٌ لَكَ، لأنه يبقى ثواب عملك كله لك في الآخرة، وَشَرٌّ لَهُ، لأنَّ كفران النعمة مذمومٌ، قال عليه الصلاة والسلام: « من لم يشكر الناس لم يشكر الله ».

قوله: تَقَدَّمَ عَلَىٰ ذَوِي الأَرْحَامِ، لأنَّ النبيَّ صلى الله عليه وسلم قدَّمه على الردِّ

«وَلَمْ يَتْرُكْ وَارِثًا» قَالُوا: المُرَادُ مِنْهُ وَارِثٌ هُوَ عَصَبَةٌ بِدَلِيلِ الحَدِيثِ الثَّانِي فَتَأَخَّرَ عَنِ العَصَبَةِ دُونَ ذَوِي الأَرْحَامِ.

قَالَ: (فَإِنْ كَانَ لِلْمُعْتَقِ عَصَبَةٌ مِنَ النَّسَبِ فَهُوَ أَوْلَىٰ) لِمَا ذَكَرْنَا (وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ عَصَبَةٌ مِنَ النَّسَبِ فَمِيرَاثُهُ لِلْمُعْتَقِ) تَأْوِيلُهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ هُنَاكَ صَاحِبُ فَرْضٍ ذُو حَالٍ، أَمَّا إِذَا كَانَ فَلَهُ البَاقِي بَعْدَ فَرْضٍ لِأَنَّهُ عَصَبَةٌ عَلَىٰ مَا رَوَيْنَا، وَهٰذَا لِأَنَّ العَصَبَةَ مَنْ يَكُونُ التَّنَاصُرُ بِهِ لِبَيْتِ النِّسْبَةِ وَبِالْمَوَالِي الِانْتِصَارُ عَلَىٰ مَا مَرَّ وَالْعَصَبَةُ تَأْخُذُ مَا بَقِيَ (فَإِنْ مَاتَ المَوْلَىٰ ثُمَّ مَاتَ المُعْتَقُ فَمِيرَاثُهُ لِبَنِي المَوْلَىٰ دُونَ بَنَاتِهِ ، وَلَيْسَ لِلنِّسَاءِ مِنَ الوَلَاءِ إِلَّا مَا أَعْتَقْنَ أَوْ أَعْتَقَ مَنْ أَعْتَقْنَ أَوْ كَاتَبْنَ أَوْ كَاتَبَ مَنْ كَاتَبْنَ) بِهٰذَا اللَّفْظِ وَرَدَ الحَدِيثُ عَنِ النَّبِيِّ - صَلَّىٰ اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - وَفِي آخِرِهِ

حيثُ ورثَ ابنة حمزةَ، وما ردَّ الباقي علىٰ بنت الميِّت والردُّ مقدَّمٌ علىٰ ذوي الأرحام.

قوله: بِدَلِيلِ الحَدِيثِ الثَّانِي، وهو توريثُ ابنة حمزةَ علىٰ سبيل العصوبة مع قيام بنت المعتق.

قوله: تَأْوِيلُهُ، يعني تأويلُ قوله: فَمِيرَاثُهُ لِلْمُعْتَقِ، أن لا يكون للمعتق عصبةٌ من النسب ولا صاحب فرض ذي حالٍ، أي له حال فرض لا غير، أمَّا إذا كان صاحب فرض له حال تعصيبٍ أيضًا لا شيءَ للمعتق، ولو كان صاحبُ فرضٍ فله الباقي بعد فرضه لأنه عصبةٌ.

قوله: لِبَيْتِ النِّسْبَةِ، أي لقبيلةٍ هو منسوبٌ إليها.

«أَوْ جَرَّ وَلَاءَ مُعْتَقِهِنَّ» وَصُورَةُ الجَرِّ قَدَّمْنَاهَا، وَلِأَنَّ ثُبُوتَ المَالِكِيَّةِ وَالْقُوَّةِ فِي العِتْقِ مِنْ جِهَتِهَا فَيُنْسَبُ بِالْوَلَاءِ إِلَيْهَا وَيُنْسَبُ إِلَيْهَا مَنْ يُنْسَبُ إِلَىٰ مَوْلَاهَا، بِخِلَافِ النَّسَبِ لِأَنَّ سَبَبَ النِّسْبَةِ فِيهِ الفِرَاشِ، وَصَاحِبُ الفِرَاشِ إِنَّمَا هُوَ الزَّوْجُ، وَالْمَرْأَةُ مَمْلُوكَةٌ لَا مَالِكَةٌ، وَلَيْسَ حُكْمُ مِيرَاثِ المُعْتَقِ مَقْصُورًا عَلَىٰ بَنِي المَوْلَىٰ بَلْ هُوَ لِعَصَبَتِهِ الأَقْرَبُ فَالْأَقْرَبُ، لِأَنَّ الوَلَاءَ لَا يُورَثُ وَيَخْلُفُهُ فِيهِ مَنْ تَكُونُ النُّصْرَةُ بِهِ،

قوله: وَصُورَةُ الجَرِّ قَدَّمْنَاهَا، وهيَ ما ذكر من قوله: فإن ولدت بعد عتقها لأكثر من ستَّة أشهرٍ، إلىٰ أن قال: جرَّ الأب ولاء ابنه، وصورة جرِّ ولاء معتقهنَّ: تزوَّج عبد امرأةً بإذنِها بمعتقة قومٍ فولدت منه أولادًا فولاء الولد يكون لموالي الأمِّ، فلو أنَّ المرأة أعْتَقت هذا العبدَ جرَّ العبدُ ولاء الولد إلىٰ نفسه وجرَّت هيَ ذلك إلىٰ نفسها، وصورة جرِّ ولاء معتق المعتق امرأةٌ اشترت عبدًا وأعتقته ثمَّ إنَّ هذا العبد اشترىٰ عبدًا ثمَّ إنَّ العبد الثانِي تزوَّجَ بمعتقة قومٍ فولدت منه ولدًا فولاء الولد لموالي الأمِّ، فلو أنَّ المعتق أعْتَق هذا العبد جرَّ هذا العبدُ ولاء ولده ثمَّ جرَّ المعتق الأول ذلك إلىٰ نفسه ثمَّ جرَّت المرأة ذلك إلىٰ نفسها.

قوله: بِخِلَافِ النَّسَبِ، أي لا ينسب الولدُ إلى الأمِّ يعني أنَّ ولاء العتاقة يثبتُ من جانب النساء ولا يثبت النسب من جانب النساء، ووجه الفرق أنَّ سبب النسبة بالولاء إحداث قوَّة المالكية بالعتق، وقد تحقَّق ذلك منها كما يتحقَّق من الرجل، بخلاف النسب فإنَّ سببه الفراش وصاحبُ الفراش هو الرجلُ لا المرأة لأنَّها مملوكةٌ فلا يعارضُ المالك في استحقاق النسب، أمَّا الرجلُ والمرأةُ في نسبة العتق على السواء.

قوله: لِأَنَّ الوَلَاءَ لَا يُورَثُ، أي لا يجري في الولاء الإرثُ، لأنه لو كان استحقاقُ

حَتَّىٰ لَوْ تَرَكَ المَوْلَىٰ أَبًا وَابْنًا فَالْوَلَاءُ لِلِابْنِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ لِأَنَّهُ أَقْرَبُهُمَا عُصُوبَةً، وَكَذٰلِكَ الوَلَاءُ لِلْجَدِّ دُونَ الأَخِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - لِأَنَّهُ أَقْرَبُ فِي العُصُوبَةِ عِنْدَهُ. وَكَذَا الوَلَاءُ لِابْنِ المُعْتَقَةِ حَتَّىٰ يَرِثَهُ دُونَ أَخِيهَا لِمَا ذَكَرْنَا، إِلَّا أَنَّ عَقْلَ جِنَايَةِ المُعْتَقِ عَلَىٰ أَخِيهَا لِأَنَّهُ مِنْ قَوْمِ أَبِيهَا وَجِنَايَتُهُ كَجِنَايَتِهَا (وَلَوْ تَرَكَ المَوْلَىٰ ابْنًا وَأَوْلَادَ ابْنٍ آخَرَ) مَعْنَاهُ بَنِي ابْنٍ آخَرَ (فَمِيرَاثُ المُعْتَقِ لِلِابْنِ دُونَ بَنِي الِابْنِ ....

المال فيه بالإرث لكان للذَّكر مثلُ حظِّ الأنثيين كما في سائر المواريث، ولكن يجري فيه الخلافة، والخلافةُ إنَّما تتحقَّق لمن يتحقَّقُ به النصرةُ، والنصرةُ إنَّما تكون بالابن دون الابنة، ألا ترىٰ أنَّ النساء لا يدخلن في العاقلة عند تحمُّل الأرش لعدم النصرة منهنَّ، وعن شريحٍ رحمه الله تعالىٰ: أنه يورث كالمال الموروث بطريق الفرض والتعصيب، وبه قال الشافعي رحمه الله تعالىٰ، وفائدته تظهر أنَّ ميراث المعتق بالولاء، ولأنه للذكر أثرٌ من آثار الملك فكأنه يزولُ بالعتق بعض الملك ويبقىٰ بعضه ولكنه ضعيفٌ، لأنَّ النبيَّ عليه الصلاة والسلام قال: «الولاءُ لحمةٌ كلحمة النسب»، ولأنَّ ثبوت الولاء للمعتق بإحداث قوَّة المالكية في المعتق ونفي مملوكيته عنه فكيف يكون الولاء جزأً من الملك، كذا في المبسوط.

قوله: حَتَّىٰ يَرِثَهُ دُونَ أَخِيهَا لِمَا ذَكَرْنَاهُ، أي أنه أقرب في العصوبة إلا أنَّ جناية المعتق علىٰ أخيها، لأنَّ الميراث بالعصوبة والابن أقرب العصبات، فأمَّا عاقلة المعتق قبيلة مولاه وأخوها من قبيلتها لأنه من قوم أبيها، فأمَّا ابنها ليسَ من قوم أبيها.

لِأَنَّ الوَلَاءَ لِلْكِبَرِ) هُوَ المَرْوِيُّ عَنْ عِدَّةٍ مِنَ الصَّحَابَةِ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ - مِنْهُمْ عُمَرُ وَعَلِيٌّ وَابْنُ مَسْعُودٍ وَغَيْرُهُمْ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ - أَجْمَعِينَ، وَمَعْنَاهُ القُرْبُ عَلَىٰ مَا قَالُوا، وَالصُّلْبِيُّ أَقْرَبُ.

قوله: لِأَنَّ الوَلَاءَ لِلْكِبَرِ، أي لأكبر أولاد المعتق، والمراد أقربُهم نسبًا لا أكبَرهم سِنًّا، كذا في المغرب.

* * *

فَصْلٌ فِي وَلَاءِ المُوَالَاةِ

قَالَ: (وَإِذَا أَسْلَمَ رَجُلٌ عَلَىٰ يَدِ رَجُلٍ وَوَالَاهُ عَلَىٰ أَنْ يَرِثُهُ وَيَعْقِلَ عَنْهُ أَوْ أَسْلَمَ عَلَىٰ يَدِ غَيْرِهِ وَوَالَاهُ فَالْوَلَاءُ صَحِيحٌ وَعَقْلُهُ عَلَىٰ مَوْلَاهُ، فَإِنْ مَاتَ وَلَا وَارِثَ لَهُ غَيْرُهُ فَمِيرَاثُهُ لِلْمَوْلَىٰ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ -: المُوَالَاةُ لَيْسَ بِشَيْءٍ لِأَنَّ فِيهِ إِبْطَالَ حَقِّ بَيْتِ المَالِ وَلِهٰذَا لَا يَصِحُّ فِي حَقِّ وَارِثٍ آخَرَ وَلِهٰذَا لَا يَصِحُّ عِنْدَهُ الوَصِيَّةُ بِجَمِيعِ المَالِ

فصل في ولاء الموالاة

صورته أن يقول مجهول النسب للذي أسْلَم على يديه أو لغيره: واليتُكَ علىٰ أنِّي إن متُّ فميراثي لكَ، وإن جنيتُ فعقلي عليكَ وعلىٰ عاقلتك، وقبل الآخر منه يكون القابل مولًى له يرثه إذا ماتَ ويعقلُ عنه إذا جنىٰ، وله شرائطُ: منها: أن يكون من غير العرب، لأنَّ العربيَّ له نصرةٌ بنفسه أي قبيلته، وذلك آكدٌ من نصرة الموالاة، ومنها: أن لا يكون معتقًا، ومنها: أن يشترطا الميراثَ والعقلَ، ومنها: أن يكون لم يعقل عنه غيره، ومنها: الإسلامُ علىٰ يده عند البعض والصحيح أنَّ ذا ليس بشرطٍ.

قوله: فَمِيرَاثُهُ لِلْمَوْلَىٰ، أي للمولى الأعلىٰ، وإذا مات الأسفلُ والأعلىٰ ميت فميراثه لأقرب الناس عصبةً إلى الأعلىٰ كما في ولاء العتاقة، كذا في الذخيرة، وقال الشافعي: الموالاة ليسَ بشيءٍ أي ليس بشيءٍ موجبٍ للإرث والعقل.

وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِلْمُوصِي وَارِثٌ لِحَقِّ بَيْتِ المَالِ وَإِنَّمَا يَصِحُّ فِي الثُّلُثِ. وَلَنَا قَوْلُهُ تَعَالَىٰ ﴿وَالَّذِينَ عَقَدَتْ أَيْمَانُكُمْ فَآتُوهُمْ نَصِيبَهُمْ﴾ [النساء: ٣٣] وَالْآيَةُ فِي المُوَالَاةِ. «وَسُئِلَ رَسُولُ اللهِ - صَلَّىٰ اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - عَنْ رَجُلٍ أَسْلَمَ عَلَىٰ يَدِ رَجُلٍ آخَرَ وَوَالَاهُ فَقَالَ: هُوَ أَحَقُّ النَّاسِ بِهِ مَحْيَاهُ وَمَمَاتَهُ» وَهٰذَا يُشِيرُ إِلَىٰ العَقْلِ وَالْإِرْثِ فِي الحَالَتَيْنِ هَاتَيْنِ، وَلِأَنَّ مَالَهُ حَقُّهُ فَيَصْرِفُهُ إِلَىٰ حَيْثُ شَاءَ، وَالصَّرْفُ إِلَىٰ بَيْتِ المَالِ ضَرُورَةُ عَدَمِ المُسْتَحِقِّ لَا أَنَّهُ مُسْتَحِقٌّ.

قَالَ: (وَإِنْ كَانَ لَهُ وَارِثٌ فَهُوَ أَوْلَىٰ مِنْهُ، وَإِنْ كَانَتْ عَمَّةٌ أَوْ خَالَةٌ أَوْ

قوله: وَلَنَا قَوْلُهُ تَعَالَىٰ: ﴿وَالَّذِينَ عَقَدَتْ أَيْمَانُكُمْ فَآتُوهُمْ نَصِيبَهُمْ﴾، يعني نصيبهم من الميراث، والمرادُ عقد الموالاة بدليل ما سبقَ في: ﴿وَلِكُلٍّ جَعَلْنَا مَوَالِيَ مِمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ﴾ [النساء: ٣٣] كان المرادُ من ذلك بيان النصيب على سبيل الاستحقاق إرثًا لا علىٰ سبيل القرابة والبرُّ ابتداءٌ فكذلك المرادُ بما جعله معطوفًا عليه، لأنَّ حكم المعطوف حكم المعطوف عليه، وليسَ المرادُ بقوله: عَقَدَتْ أَيْمَانُكُمْ، القسمُ بل المراد الصفقةُ، فإنَّ العادة أنَّ المتعاقدين يأخذُ كلُّ واحد منهما يمينَ صاحبه إذا عاقده ويسمَّى العقد صفقةً لهذا، وذكر في المبسوط البكري: إنَّ الله تعالىٰ جعلَ ولاء الموالاة سببًا للتوارث مطلقًا من غير فصلٍ بين أن يكون للميت وارثٌ آخر أو لم يكن، إلا أنه نسخٌ في حقِّ من كان له وارثٌ آخر بقوله تعالىٰ: ﴿وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ﴾ [الأنفال: ٧٥] ولا ناسخَ في حقِّ من لا وارثَ له فبقىٰ داخلًا تحت ظاهر الآية.

قوله: فِي الحَالَتَيْنِ هَاتَيْنِ، أي في محياه عقلًا وفي مماته إرثًا.

غَيْرُهُمَا مِنْ ذَوِي الأَرْحَامِ) لِأَنَّ المُوَالَاةَ عَقْدُهُمَا فَلَا يَلْزَمُ غَيْرُهُمَا، وَذُو الرَّحِمِ وَارِثٌ، وَلَا بُدَّ مِنْ شَرْطِ الإِرْثِ وَالْعَقْلِ كَمَا ذَكَرَ فِي الكِتَابِ لِأَنَّهُ بِالِالْتِزَامِ وَهُوَ بِالشَّرْطِ، وَمِنْ شَرْطِهِ أَنْ لَا يَكُونَ المَوْلَىٰ مِنَ العَرَبِ لِأَنَّ تَنَاصُرَهُمْ بِالْقَبَائِلِ فَأَغْنَىٰ عَنِ المُوَالَاةِ.

قَالَ: (وَلِلْمَوْلَىٰ أَنْ يَنْتَقِلَ عَنْهُ بِوَلَائِهِ إِلَىٰ غَيْرِهِ مَا لَمْ يَعْقِلْ عَنْهُ) لِأَنَّهُ عَقْدٌ غَيْرُ لَازِمٍ بِمَنْزِلَةِ الوَصِيَّةِ، وَكَذَا لِلْأَعْلَىٰ أَنْ يَتَبَرَّأَ عَنْ وَلَائِهِ لِعَدَمِ اللُّزُومِ، إِلَّا أَنَّهُ يُشْتَرَطُ فِي هٰذَا أَنْ يَكُونَ بِمَحْضَرٍ مِنَ الآخَرِ كَمَا فِي عَزْلِ

قوله: وَلَا بُدَّ مِنْ شَرْطِ الإِرْثِ وَالعَقْلِ، لأنَّ عقد الموالاة يقعُ علىٰ ذلك فلا بُدَّ من ذكره، ولو شرطا الإرثَ من الجانبين كان كذلك يتوارثان من الجانبين، بخلاف ولاء العتاقة فإنه يرث الأعلىٰ من الأسفل، لأنَّ سببه الإحياء وذا وجد من الأعلىٰ في حقِّ الأسفل لا من الأسفل في حقِّ الأعلىٰ، وهنا السبب هو العقد والشرط فعلى الوجه الذي وجد الشرط يثبتُ الحكم.

قوله: لِأَنَّ تَنَاصُرَهُمْ بِالْقَبَائِلِ، فإن قيل: إنَّ التناصر حكمةٌ وهيَ لا تراعىٰ في كلِّ فردٍ وإنَّما تراعىٰ في الجنس، كما في الاستبراء فإنَّ الحكمةَ فيه فراغ الرحم وإنَّها تعتبر في الجملة لا في كل فردٍ، حتَّىٰ لا يجبُ الاستبراء فيمن اشترىٰ من امرأةٍ أو اشترىٰ أمةً صغيرةً؟ قلنا: التناصرُ علةٌ لا حكمةٌ، فإن قيل: العلةُ لا بدَّ أن تكون موجودةً والتناصر قد يوجد وقد لا يوجد؟ قلنا: التناصر يكون موجودًا لحاله تحقيقًا أو تقديرًا لقيام سببه.

قوله: إِلَّا أَنَّهُ يُشْتَرَطُ فِي هٰذَا، أي في فسخ عقد الموالاة.

قوله: كَمَا فِي عَزْلِ الوَكِيلِ قَصْدًا، أي عزل الوكيل قد لا يجوزُ بدون علمه ويجوز

الْوَكِيلِ قَصْدًا، بِخِلَافِ مَا إذَا عَقَدَ الأَسْفَلُ مَعَ غَيْرِهِ بِغَيْرِ مَحْضَرٍ مِنَ الأَوَّلِ لِأَنَّهُ فَسْخٌ حُكْمِيٌّ بِمَنْزِلَةِ العَزْلِ الحُكْمِيِّ فِي الوَكَالَةِ.

قَالَ: (وَإِذَا عَقَلَ عَنْهُ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَتَحَوَّلَ بِوَلَائِهِ إِلَىٰ غَيْرِهِ) لِأَنَّهُ تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ الغَيْرِ، وَلِأَنَّهُ قَضَىٰ بِهِ القَاضِي، وَلِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ عِوَضٍ نَالَهُ كَالْعِوَضِ فِي الهِبَةِ، وَكَذَا لَا يَتَحَوَّلُ وَلَدُهُ، وَكَذَا إِذَا عَقَلَ عَنْ وَلَدِهِ لَمْ يَكُنْ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنْ يَتَحَوَّلَ لِأَنَّهُمْ فِي حَقِّ الوَلَاءِ كَشَخْصٍ وَاحِدٍ. قَالَ: (وَلَيْسَ لِمَوْلَىٰ العَتَاقَةِ أَنْ يُوَالِيَ أَحَدًا) لِأَنَّهُ لَازِمٌ، وَمَعَ بَقَائِهِ لَا يَظْهَرُ الأَدْنَىٰ، وَاللهُ تَعَالَىٰ أَعْلَمُ.

ضمنًا فكذا للمولى الأسفل أن يفسخ الولاء بغير محضرٍ من الأول في ضمن عقد الولاء مع غيره، ولكن ليسَ للأعلىٰ والأسفل أن يفسخ الولاء بغير محضرٍ من صاحبه قصدًا، كما لا يكون للموكل عزل وكيله بدون علمه قصدًا، فإن قيل: فلِمَا ذا يجعل صحة العقد مع الثاني موجبًا فسخ العقد الأول؟ قلنا: لأنَّ الولاءَ كالنسب والنسبُ ما دامَ ثابتًا من إنسانٍ لا يتصوَّرُ ثبوته من غيره فكذا الولاء، فعرفنا من ضرورة صحة العقد مع الثاني بطلان العقد الأول.

قوله: وَكَذَا لَا يَتَحَوَّلُ وَلَدُهُ، أي لا يتحول ولده إلىٰ غيره بعد الكبر، لأنَّ ولاء الأب تأكَّد بعقل الجناية وتأكُّد التبع بتأكد الأصل، فكما ليسَ للأب أن يتحوَّل عنه بعد ما عقلَ جنايته فكذا ليسَ لولده إذا كبِّر، والله تعالىٰ أعلم بالصواب.

* * *

تمَّ الجزءُ السَّادس من «الكفاية في شرح الهداية»

ويتلوه الجزء السَّابع، وأوله «كتابُ الإكراه»

فهرس المحتويات

المجلَّدُ السَّادس

كتاب الدعوى

كتاب الإقرار

كتاب الصلح

كتاب المضاربة

كتاب الوديعة

كتاب العارية

كتاب الهبة

كتاب الإجارات

كتاب المكاتب

كتاب الولاء

* * *